06/2013

# DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung in Schleswig-Holstein

**Schwerpunktthema: Gemeindewirtschaftsrecht**


- *Manuela Söller-Winkler,* Gemeindewirtschaftsrecht und Energiewende in Schleswig-Holstein
- *Dr. Sönke E. Schulz, Jakob Tischer,* Verfassungsrechtliche Grenzen kommunalwirtschaftlichen Handelns – und der gesetzlichen Ausgestaltung desselben
- *Rainer Bock,* Fachtagung „Gemeindewirtschaftsrecht in Schleswig-Holstein“
- *Detlef Palm,* Kommunalwirtschaft stärken! – Erwartungen der Stadt- und Gemeindewerke an das Gemeindewirtschaftsrecht
- *Dr. Joachim Keck, Patrick Woletz,* Das Infrastruktur-Kompetenzzentrum der Investitionsbank Schleswig-Holstein


65. JAHRGANG ISSN 0340-3653 C 3168 E

SHGT
Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag

Deutscher Gemeindeverlag GmbH Kiel

# DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung in Schleswig-Holstein

Herausgeber Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag

65. Jahrgang · Juni 2013


## Impressum


**Schriftleitung:**
Jörg Bülow
Geschäftsführendes Vorstandsmitglied

**Redaktion:**
Ute Bebensee-Biederer
Stellv. Geschäftsführerin

**Anschrift Schriftleitung und Redaktion:**
Reventlouallee 6, 24105 Kiel
Telefon (0431) 57 00 50 50
Telefax (0431) 57 00 50 54
E-Mail: info@shgt.de
Internet: www.shgt.de

**Verlag:**
Deutscher Gemeindeverlag GmbH
Jägersberg 17, 24103 Kiel
Postfach 1865, 24017 Kiel
Telefon (0431) 55 48 57
Telefax (0431) 55 49 44

**Anzeigen:**
W. Kohlhammer GmbH
Anzeigenmarketing
70549 Stuttgart
Telefon (0711) 78 63 - 72 23
Telefax (0711) 78 63 - 83 93
Preisliste Nr. 35, gültig ab 1. Januar 2013.

**Bezugsbedingungen:**
Die Zeitschrift „Die Gemeinde" erscheint monatlich; einmal jährlich können zwei Hefte zu einem Doppelheft zusammengefasst werden. Bezugspreis ab Verlag jährlich 83,60 € zzgl. Versandkosten. Einzelheft 10,40 € (Doppelheft 20,80 €) zzgl. Versandkosten. Abbestellungen: 6 Wochen vor Jahresende beim Verlag.
Die angegebenen Preise enthalten die gesetzl. Mehrwertsteuer.

**Druck:** dfn! Druckerei Fotosatz Nord, Kiel
**Satz & Gestaltung:**
Agentur für Druck und Werbung, Laboe

Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Bildmaterial übernehmen Verlag und Redaktion keine Verantwortung.
Die Redaktion behält sich Kürzungen und Überarbeitungen vor. Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beiliegt.

ISSN 0340-3653

Titelbild: Torhaus Gut Damp
Foto: Ute Bebensee-Biederer, Kiel


## Inhaltsverzeichnis

**Schwerpunktthema:**
**Gemeindewirtschaftsrecht**


**Auf ein Wort**

Jörg Bülow
Kommunale Wirtschaft und Daseinsvorsorge: Die Bürger vertrauen handlungsfähigen Gemeinden ..... 154

**Aufsätze**

Manuela Söller-Winkler
Gemeindewirtschaftsrecht und Energiewende in Schleswig-Holstein ..... 156

Dr. Sönke E. Schulz, Jakob Tischer
Verfassungsrechtliche Grenzen kommunalwirtschaftlichen Handelns – und der gesetzlichen Ausgestaltung desselben ..... 159

Rainer Bock
Fachtagung „Gemeindewirtschaftsrecht in Schleswig-Holstein" ..... 164

Detlef Palm
Kommunalwirtschaft stärken! - Erwartungen der Stadt- und Gemeindewerke an das Gemeindewirtschaftsrecht ..... 165

Dr. Joachim Keck , Patrick Woletz
Das Infrastruktur-Kompetenzzentrum der Investitionsbank Schleswig-Holstein ..... 166

**Rechtsprechungsberichte**

VG Koblenz:
Geringere Beihilfe für Beamte bei privater Krankenversicherung nach dem Standardtarif rechtens ..... 169

Sächsisches OVG:
Spenden- oder Sponsoringtätigkeit durch Wasserzweckverband unzulässig ..... 169

**Aus der Rechtsprechung**

Konzessionsabgaben bei Gaslieferungen, „Gasversorgung Ahrensburg" BGH, Beschluss vom 06.11.2012 - KVR 54/11 - OLG Düsseldorf ..... 170

Timm Fuchs
Konzessionsabgabe Gas bei Durchleitungen
Urteilsanmerkung zu den Entscheidungsgründen des Bundesgerichtshofs in der Sache GAG Ahrensburg ..... 174

§ 8 Abs. 1 KAG
Ausbaubeiträge
Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht vom 21. 02. 2013, Az. 9 B 47/12 ..... 175

**Aus dem Landesverband** ..... 178

**Buchbesprechungen** ..... 179


Dieser Ausgabe liegen eine Beilage des Kommunal- und Schul-Verlag GmbH & Co. KG sowie zwei Beilagen des Hallenbetriebes Neumünster GmbH Messeleitung Nordbau bei.

Wir bitten um Beachtung.

# Kommunale Wirtschaft und Daseinsvorsorge: Die Bürger vertrauen handlungsfähigen Gemeinden[1]

*Jörg Bülow, Geschäftsführendes Vorstandsmitglied des SHGT*

„Privat vor Start", das war die ordnungspolitische Maxime der 90er Jahre. Deutschland privatisierte im großen Umfang bisherige Staatsunternehmen wie die Post. Einerseits hat Deutschland damit „Hausaufgaben" erledigt, vor denen andere EU-Staaten erst noch in einem schmerzhaften Prozess stehen. Andererseits wurden dabei aber auch Fehler gemacht, wie die Gemeinden gerade angesichts der wegfallenden Infrastrukturverantwortung bei der Deutschen Post und der Telekom zu spüren bekommen haben.
Aber auch bei den Kommunen gab es eine große Privatisierungswelle. Maßgebliche Motive waren dabei die Suche nach geringeren Kosten durch flexiblere Arbeitsverhältnisse, andere Tarife und eine effizientere Steuerung, die Reduzierung von Risiken, die Gewinnung von neuem Know-how aus der privaten Wirtschaft, die Stärkung des Eigenkapitals kommunaler Unternehmen oder die Notwendigkeit, zur Haushaltskonsolidierung „Tafelsilber" zu veräußern. Aber die Übertragung von Dienstleistungen auf Private, die Beteiligung Privater an kommunalen Unternehmen oder die vollständige Privatisierung von Unternehmen entsprach auch einer gewissen Mode.

### „Privat vor Start" versus „Rekommunalisierung"

Heute ist dagegen in vielen Publikationen von einer Welle der „Rekommunalisierung" die Rede. Es gibt in der Tat zahlreiche Beispiele, in denen Kommunen bestimmte Dienstleistungen wieder mit eigenen Kräften durchführen oder die Verantwortung für Unternehmen und Infrastrukturen wieder übernommen haben. Besonders deutlich ist dies im Energiesektor.
Ob man aber wirklich von einem generellen Trend der Rekommunalisierung sprechen kann, wage ich zu bezweifeln. Teilweise wird der Begriff auch als „Schreckgespenst" verwendet, um die Politik gegen die kommunale Wirtschaft zu positionieren. Jedenfalls ist festzustellen, dass es bei den Kommunen eine Ideologie der Rekommunalisierung nicht gibt, sondern die Kommunen stets nach sachlichen Gesichtspunkten die richtige Struktur für ein Unternehmen oder eine Leistung prüfen.

### War jede Privatisierung ein Erfolg ?

Tatsache ist jedenfalls: Die Menschen und die Kommunen stellen aus den konkreten Erfahrungen der vergangenen Jahre heraus wieder Fragen, die zu einer stärkeren Akzeptanz und Bedeutung der Kommunalwirtschaft führen. Die wichtigsten Fragen sind:

1. War jede Privatisierung ein Erfolg?
Manche Kommunen haben mit ihrem privatem Dienstleister schlechte Erfahrungen gemacht oder ihre eigenen Steuerungsmöglichkeiten gegenüber den Dienstleister überschätzt.

2. Wer sichert uns Qualität und Preisgünstigkeit der Daseinsvorsorge?
Zu Recht gibt es eine hohe Sensibilität der Bürger bei denjenigen Dienstleistungen, die für das tägliche Leben unverzichtbar sind. Die Bürger erwarten, dass jemand die politische Verantwortung dafür trägt, dass solche Dienstleistungen mit hoher Qualität und geringen Kosten zur Verfügung gestellt werden. Zu nennen sind z. B. die Wasserversorgung, die Abwasserentsorgung oder die Abfallbeseitigung. In der Verantwortung hierfür steht die Kommunalpolitik. Dann muß sie aber auch die entsprechenden Handlungsmöglichkeiten haben. Auch wird der Bürgermeister in die Pflicht genommen, wenn eine Postfiliale geschlossen wird, obwohl er dies nicht beeinflussen kann.

### Qualität und Kosten der Daseinsvorsorge

Die Frage nach dieser großen Verantwortung vor Ort für die lebenswichtigen Grundinfrastrukturen spielt in vielen aktuellen Diskussionen eine wichtige Rolle. Gerade deswegen wehren sich die Kommunen und zahlreiche Bürger gegen eine stärkere Einflussnahme der Europäischen Kommission auf den Rechtsrahmen für die Wasserversorgung.
Gerade weil die Kommunen für faire und günstige Preise sorgen wollen, haben sie sich jüngst intensiv gegen Bestrebungen der Bundesregierung zur Wehr gesetzt, die zur Rosinenpickerei bei der Abfallwirtschaft geführt hätten.

Gerade aus der genannten Frage heraus streben viele Kommunen ein stärkeres Engagement bei der Trägerschaft von Strom- und Gasnetzen an. So haben sich zahlreiche Gemeinden der Schleswig-Holstein Netzgesellschaft als Aktionäre angeschlossen. Zahlreiche andere Gemeinden wiederum streben die Übernahme des öffentlichen Energienetzes durch Gründung eines Gemeindewerkes oder in Zusammenarbeit mit einem anderen Stadtwerk an.

3. Wer sichert gleichwertige Lebensverhältnisse in Stadt und Land und investiert in Infrastruktur, wo es sich aus Sicht der Wirtschaft nicht lohnt?
Gerade wegen dieser Frage müssen die Kommunen letztlich selbst bei der Breitbandversorgung anpacken. Es sind landauf landab in Schleswig-Holstein die kommunalen Unternehmen, Ämter und Zweckverbände, die in den Glasfaserausbau investieren. Dies ist ein enormer Wachstumsfaktor für die kommunale Wirtschaft. Nur sie scheint dazu in der Lage zu sein. Stadt- und Gemeindewerke standen und stehen an der Spitze der Bewegung.

---

[1] Grußwort anlässlich der Fachtagung zur Reform des Gemeindewirtschaftsrecht am 29. April 2013 in Kiel

4. Wie können von der Allgemeinheit erzielte Gewinne auch für die Allgemeinheit eingesetzt werden?
Dieser Gedanke trifft auf besonders hohe Akzeptanz bei den Bürgern. Er liegt z. B. dem Sparkassenwesen zugrunde. Die Sparkassen und die Provinzial Versicherungen sorgen dafür, dass von den Kunden der Region erzielte Erträge zum Teil wieder in der Region investiert werden. Aus diesem Aspekt heraus versuchen gerade Stadtwerke, im Rahmen des Querverbundes nicht rentable Anlagen (z. B. Schwimmbäder) mit Hilfe der Erträge anderer Dienstleistungen aufrecht zu erhalten. Dies macht die Stadtwerke für die Kommunen um so wertvoller.

5. Wie sichern wir die Akzeptanz von Großprojekten?
Auch diese Fragestellung hat zu völlig neuen Anforderungen an die kommunale Wirtschaft geführt. So stellt sich für viele Kommunen die Frage, ob sie nicht auch selbst in Anlagen für erneuerbare Energien investieren können. Ein anderes Beispiel ist der Ausbau der Höchstspannungsleitung an der Westküste. Die dort geplante Netzgesellschaft will auch Gemeinden die Möglichkeit bieten, sich an dieser Stromleitung finanziell zu beteiligen.

### Neue Anforderungen an kommunale Wirtschaft

Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen dient hier also dem Zweck, die Betroffenen selbst zu Beteiligten zu machen und neben dem wirtschaftlichen Nutzen für die Region die Akzeptanz solcher Projekte insgesamt zu steigern.

6. Können und müssen sich Kommunen in Zeiten unsicherer Konjunktur und demografischen Wandels etwas unabhängiger von Steuereinnahmen machen?
Dies ist die problematischste aller Fragestellungen. Denn es ist Aufgabe des kommunalen Finanzausgleichs, des Steuerverbundes von Bund, Ländern und Gemeinden sowie des Systems der Kommunalsteuern, den Kommunen eine aufgabenadäquate Finanzausstattung zu sichern. Die Aussicht der Einnahmenerzielung aus wirtschaftlicher Betätigung heraus kann und darf diesen Anspruch der Kommunen an Bund und Länder nicht schmälern. Und gleichwohl kann man nicht verschweigen, dass viele Kommunen diesem System alleine nicht mehr vertrauen und zusätzliche Standbeine anstreben.

### Rechtliche Rahmenbedingungen erschweren Partnerschaft zwischen Kommunen und Privaten

Bei der Betrachtung kommunaler im Verhältnis zu privater Wirtschaft gibt es nicht nur ein „Entweder-Oder“. In zahlreichen Fällen gibt es eine Zusammenarbeit mit privaten Unternehmen, sei es als Verhältnis Auftraggeber-Auftragnehmer, sei es durch privatwirtschaftliche Partner und Anteilseigner in kommunalen Unternehmen.
Allerdings wird genau diese Partnerschaft mehr und mehr durch rechtliche Rahmenbedingungen und die Politik erschwert. Um nur zwei Beispiele zu nennen: Wenn wegen des europäischen Wettbewerbs- und Vergaberecht schon eine geringere private Beteiligung an einem Unternehmen dazu führt, dass eine Kommune eine Dienstleistung nicht mehr ohne europaweite Ausschreibung an dieses Unternehmen übertragen kann, wird in manchen Fällen die Übernahme des Unternehmens in hundertprozentige Trägerschaft der Kommune die logische Konsequenz sein müssen.
Ein anderes Problem schafft das im April 2013 vom Landtag beschlossene Tariftreue- und Vergabegesetz. Dieses normiert zahlreiche neue vergaberechtliche Anforderungen, die von den Kommunen und von den Unternehmen einzuhalten sind. Wenn damit die Vergabe einer Dienstleistung an ein privates Unternehmen so stark verkompliziert, rechtlich riskant und letztendlich auch verteuert wird, wird die Wahrnehmung der Dienstleistung durch eigene kommunale Kräfte wieder attraktiver.
Insgesamt bleibt also die Erkenntnis: Die Menschen erwarten, dass die Politik auf die Qualität und Preise der für sie in der persönlichen Lebensführung wichtigsten Dienstleistungen Einfluss nehmen kann und nicht quasi schulterzuckend auf die Verantwortung eines Unternehmens verweist. Hierbei vertrauen sie ganz besonders auf die Kommunalpolitik, d. h. vor allem die Rathäuser und die Bürgermeister vor Ort. Denn diese müssen ihnen quasi täglich auf der Straße Rede und Antwort stehen.

### Vertrauen in die Kommunen

Dadurch nimmt die Rolle der Kommunen für die Daseinsvorsorge wieder mehr und mehr zu. Dies führt zu Betätigungsfeldern für die Kommunen, die man sich vor 10 Jahren noch kaum vorstellen konnte. Dies sind beispielsweise Aufgaben wie Telekommunikation (Breitband), Energieversorgung (sogar bei Höchstspannungsnetzen), Ärzteversorgung, Einzelhandel, Gastronomie etc.
Die gestiegene Bedeutung der kommunalen Wirtschaft zeigt sich bei zwei dieser Aufgabengebiete ganz besonders intensiv.
Dies ist zum einen die Breitbandversorgung. Es ist inzwischen politisch nicht mehr strittig, dass auch die Versorgung mit Telekommunikationsleistungen – sprich Breitbandinternet – zu einer kommunalen Aufgabe geworden ist. Denn in Schleswig-Holstein sind es vor allen Kommunen und Kommunalunternehmen, die in den Glasfaserausbau investieren. In anderen Bundesländern gibt es für diese Aufgabe sogar bereits eine Befreiung von der sogen. Subsidiaritätsprüfung im Rahmen der kommunalrechtlichen Schrankentrias für die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung durch Kommunen. So ist die Breitbandversorgung in Nordrhein-Westfalen bereits gleichgestellt mit Aufgaben wie der Wasserversorgung und dem ÖPNV. Der Gemeindetag hatte bereits in seiner Stellungnahme an den Landtag vom November 2011 zu der später im März 2012 verabschiedeten Kommunalverfassungsreform gefordert, eine solche Sektorenfreigabe von der Subsidiaritätsklausel in § 101 GO für bestimmte Bereiche einzuführen, z. B. Breitband, aber auch Energieversorgung.

### Breitband und Energiewende: Kommunalwirtschaft erleichtern !

Damit wären wir beim zweiten Thema, nämlich der Energiewende.
Die Energiewende bringt neue Aufgaben für die Kommunen mit und wird nur Erfolg haben, wenn die kommunale Wirtschaft an der Spitze der Bewegung steht. Die kommunalen Stadtwerke haben letztlich schon vor vielen Jahren wesentliche Elemente der Energiewende vorweg genommen, vor allem was die dezentrale Energieerzeugung und Wärmeversorgung betrifft.
Aber auch für viele andere Gemeinden ohne Stadtwerk stellen sich spannende Fragen aus Perspektive der Kommunalwirtschaft:
- Können Gemeinden in Anlagen erneuerbarer Energien investieren, auch wenn dies nicht der Versorgung der örtlichen Bevölkerung dient?
- Wie können sich Gemeinden an Unternehmen beteiligen, die Verteilnetze, Übertragungsnetze oder sogar Transportnetze (Höchstspannungsleitungen) betreiben ?
- Wie kann eine Gemeinde die energetische Sanierung des eigenen Gebäudebestandes leisten?
- Können und müssen neue Wärmenetze geschaffen werden, um die Klimaschutzziele zu erfüllen und Biogasanlagen optimal zu nutzen?
- Welche Strategie braucht eine Gemeinde zur Elektromobilität?

Der Gemeindetag hat mit seinem Forderungskatalog zur Landtagswahl 2012 eine Prüfung eingefordert, ob eine Erweiterung der kommunalen Handlungsmöglichkeiten bei der Energieerzeugung über die unmittelbare Versorgung der eigenen Bevölkerung und der eigenen Einrichtungen hinaus in stärkerem Maße als bisher ermöglicht werden kann. Dies würde darauf hinauslaufen, dass sich Gemeinden in höherem Umfang als bisher an der Errichtung von Energieerzeugungsanlagen beteiligen können.

**Das Kommunalrecht ist nicht allein entscheidend**

Wir haben damit zwei konkrete Fragestellungen aufgeworfen, für die wir uns durch die von der Landesregierung nun geplante Reform des Gemeindewirtschaftsrechts Fortschritte erwarten. Allerdings muss man die Bedeutung des Gemeindewirtschaftsrechts angesichts der Problemlagen auf anderen Rechtsgebieten auch ins richtige Licht rücken. Auf die kommunalen Handlungsmöglichkeiten im wirtschaftlichen Bereich haben inzwischen neben der Gemeindeordnung andere Rechtsgebiete mindestens ebenso große Bedeutung, insbes. das Steuerrecht, das Vergaberecht, das Beihilfenrecht und das Energiewirtschaftsrecht (alle drei Bereiche sind stark von europäischer Rechtssetzung geprägt) sowie das Gemeindehaushaltsrecht.
Der Gemeindetag begrüßt die nun geplante Reform des Gemeindewirtschaftsrechts, durch die wir uns mehr Handlungsfreiheiten und bessere Rahmenbedingungen für die Gemeindewerke, aber auch für andere Gemeinden versprechen und werden die Beratungen konstruktiv und mit eigenen Vorschlägen begleiten.
Diese Ausgabe der „Gemeinde" enthält Beiträge einer Fachtagung, die das Innenministerium am 29. April 2013 zum Gemeindewirtschaftsrecht veranstaltet hatte.

Ihr
*Jörg Bülow*

# Aufsätze

## Gemeindewirtschaftsrecht und Energiewende in Schleswig-Holstein*

Manuela Söller-Winkler, Leiterin der Kommunalabteilung im Innenministeriums des Landes Schleswig-Holstein

Sehr geehrte Damen und Herren,
am 11. März 2011 ereignete sich die Nuklearkatastrophe von Fukushima, in deren Folge in Deutschland mit dem Energiegesetzespaket die Energiewende beschlossen wurde. Die Energiewende bedeutet den grundlegenden Umbau des Energieversorgungssystems in Deutschland. Sie umfasst sowohl die Energieerzeugung als auch die Energieeinsparung bzw. Energieeffizienz. Auf all diesen Gebieten sind kommunale Unternehmen – insbesondere die Stadt- und Gemeindewerke – bedeutende Akteure.
Im Vordergrund der Diskussion steht allerdings regelmäßig die Energieerzeugung. Hier wiederum richtet sich das Hauptaugenmerk in der Öffentlichkeit häufig auf den privaten Sektor. Das überrascht nicht, denn laut dem Ersten Monitoring-Bericht „Energie der Zukunft" der Bundesregierung vom Dezember 2012 liegt der Anteil der vier großen Energieversorgungsunternehmen E.ON, RWE, Vattenfall und EnBW an der Stromproduktion bei 74%.
Dennoch darf man nicht übersehen, dass auch auf diesem Gebiet den kommunale Unternehmen eine durchaus nicht unbedeutende Rolle zufällt: Der Anteil der Stadt- und Gemeindewerke an den Energie-Gesamterzeugungskapazitäten liegt laut VKU immerhin bei 11,4%.
Der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) weist daher in seinem Grundsatzpapier zu Recht darauf hin, dass die Energiewende große Chancen birgt, sie jedoch auch umfangreiche Investitionen erfordert und erhebliche finanzielle Anstrengungen bedeutet. Das betrifft ganz maßgeblich auch kommunale Unternehmen!
Beispiele aus der Bundesrepublik – leider auch aus Schleswig-Holstein – zeigen zugleich immer wieder, dass wirtschaftliche Betätigungen von Kommunen aber auch mit Risiken verbunden sind. Hiervon sind Investitionen der Stadt- und Gemeindewerke im Bereich der Erneuerbaren Energien nicht ausgenommen – vor einiger Zeit haben die Stadtwerke Uelzen auf diesem Gebiet für Schlagzeilen gesorgt.
Dabei ist festzustellen, dass zwischen privaten Versorgern und kommunalen Unternehmen trotz gleichgelagerter Unternehmenszwecke gravierende Unterschiede bestehen. Die kommunalen Unternehmen nehmen zentrale Aufgaben der Gemeinde im Bereich der Daseinsvorsorge war. Zugleich verkörpern sie einen wesentlichen Bestandteil des Kapitals einer Kommune – und somit deren Bürger. Der VKU stellt selbstbewusst fest, dass die kommunalen Unternehmen das Rückgrat des modernen Wirtschaftsstandortes Deutschland darstellen und für Stabilität, regionale Wertschöpfung und eine sichere Daseinsvorsorge stehen. Der besonderen Stellung kommunaler Unternehmen müssen die besonderen Regelungen des Gemeindewirtschaftsrechts Rechnung tragen.
Mit der Energiewende kommen auf die kommunalen Unternehmen enorme Herausforderungen zu. Dem muss auch das für diese Unternehmen geltende Recht Rechnung tragen. Vor diesem Hintergrund gilt es, das Gemeindewirtschaftsrecht mit dem Ziel zu überarbeiten, die wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten zu erweitern. Hier ist es wichtig, Regelungen zu schaffen, die für Schleswig-Holstein maßgeschneidert sind. Ein Blick über den Tellerrand ist dabei immer hilfreich, wenn zugleich die jeweiligen Unterschiede zwischen den Bundesländern beachtet werden. Dies zeigt sich am Beispiel der unterschiedlichen Gemeindestrukturen in Nordrhein-Westfalen mit rund 300 und in Schleswig-Holstein mit gut 1.100 Gemeinden.
Zudem muss sorgfältig geprüft werden, ob sich Regelungen in anderen Gemeindeordnungen in der Praxis tatsächlich als zielführend erwiesen haben, da auch zukünftig den Kommunen nicht jedwede wirtschaftliche Betätigung erlaubt sein wird. Um es zuzuspitzen: Im Lichte der Energiewende wird eine Überarbeitung des Gemeindewirtschaftsrechts kaum darauf abzielen, schleswig-holsteinischen Kommunen die – derzeit sicher günstige – Beteiligung an Kernkraftwerken zu ermöglichen, wie es zum Beispiel die Stadtwerke München mit ihrer Beteiligung am AKW Isar 2 praktizieren. Zudem erscheint nicht jedwedes im Zuge der Energiewende beschriebene Ziel für die Betätigung der Gemeinden geeignet. So ist im Gesetzespaket zur Energiewende ausdrücklich auch die Produktion von Elektroautos als Ziel formuliert. Hier dürfte dann doch eine Grenze der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden erreicht sein.
Im Zuge der Erweiterung der Betätigungsmöglichkeiten der Kommunen in der Ener-

* Rede von Abteilungsleiterin Manuela Söller-Winkler auf der Fachtagung des Innenministeriums zum „Gemeindewirtschaftsrecht in Schleswig-Holstein" am 29. April 2013

giewirtschaft soll im Gemeindewirtschaftsrecht zudem die grenzüberschreitende grenznahe Betätigung kommunaler Unternehmen erweitert und die paritätische Besetzung von Aufsichtsgremien kommunaler Gesellschaften sichergestellt werden.

Das anspruchsvolle Ziel einer passgenauen Fortentwicklung des Gemeindewirtschaftsrechts wollen wir im Dialog – und in der Folge im größtmöglichen Konsens – sowohl mit den Kommunalen Landeverbänden und mit dem VKU sowie dem Verband der Schleswig-Holsteinischen Energie- und Wasserwirtschaft (VSHEW) als auch mit den Interessenvertretern der Privatwirtschaft erreichen. Nur so kann es gelingen, auf Jahre verlässliche Rahmenbedingungen für die Gemeinden und deren Unternehmen zu schaffen. Dabei sind wir uns sicherlich einig, dass die Materie des Gemeindewirtschaftsrechts komplexer ist als es die wenigen Normen in der Gemeindeordnung auf den ersten Blick vermuten lassen. Herr Dr. Schulz vom Lorenz-von-Stein-Institut wird das in seinem Vortrag zu den verfassungsrechtlichen Grenzen kommunalwirtschaftlichen Handelns sicher noch verdeutlichen. Ich möchte Herrn Dr. Schulz nicht vorgreifen und mich daher auf ein, zwei Stichworte zum Verfassungsrecht beschränken:
Artikel 28 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes gewährleistet den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln und ist damit die Grundlage für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Auf andere Titel kann eine Gemeinde ihr wirtschaftliches Handeln nicht stützen. Dies gilt auch dann, wenn die Gemeinde im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung in einer Rechtsform des privaten Rechts handelt. Das verfassungsrechtliche Spannungsfeld besteht hier meines Erachtens zwischen dem geschützten Interessenbereich der Kommunen, der seinen Ausdruck in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz findet, und den Grenzen, welche das Grundgesetz einer staatswirtschaftlichen Betätigung setzt. Solche Grenzen können sich grundsätzlich aus der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, den Grundrechten, der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie von Nachbargemeinden, dem Demokratieprinzip sowie dem Rechtsstaatsprinzip ergeben.
Dieses verfassungsrechtliche Spannungsfeld beschreibt den rechtlichen Rahmen, innerhalb dessen der Landesgesetzgeber für einen angemessenen Interessenausgleich zu sorgen hat. Ein solcher Interessenausgleich ist zum einen geboten zwischen der sich wirtschaftlich betätigenden Gemeinde einerseits und den hiervon eventuell betroffenen Nachbargemeinden andererseits. Zum anderen ist er geboten, soweit die wirtschafliche Betätigung von Kommunen in Konkurrenz zur wirtschaftlichen Betätigung Privater stehen kann. Die Tatsache, dass sich die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen regelmäßig auch im Spannungsfeld zur privaten Wirtschaft bewegt, hat uns veranlasst, auch Interessenvertreter der Privatwirtschaft von Anfang an in den Dialog mit einzubeziehen.

Meine Damen und Herren,
ich will Ihnen nun kurz schildern, wie wir uns die weiteren Arbeitsschritte vorstellen. Wir haben in der Kommunalabteilung eine Projektgruppe unter Leitung von Herrn Benter eingerichtet. Damit sind wir gut aufgestellt, um das komplexe Thema mit der notwendigen Nachhaltigkeit in einem intensiven Dialogprozess bearbeiten zu können. Wie Sie der Einladung von Innenminister Breitner entnehmen konnten, sind im Anschluss an diese Auftaktveranstaltung bis Ende dieses Jahres orientierende Fachgespräche mit Ihnen geplant. Ziel dieser Fachgespräche – welche wir in gemeinsamen Arbeitsgruppen organisieren wollen – ist es, einen möglichst breiten Überblick darüber zu erhalten, welche Anforderungen Sie an kommunale Unternehmen – auch vor dem Hintergrund der Energiewende – zukünftig stellen werden.
Wir haben vorgesehen, die vorhin skizzierten Aufgabenstellungen in zwei Bereiche aufzuteilen und in zwei Arbeitsgruppen zu bearbeiten:
Die erste Arbeitsgruppe soll sich nach unserer Vorstellung mit der generellen Frage der Erweiterungsmöglichkeiten der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden beschäftigen. Dabei werden im Wesentlichen folgende Themenblöcke zu bearbeiten sein:

| | |
|---|---|
| Themenblock 1: | Öffentlicher Zweck |
| Themenblock 2: | Örtlichkeitsprinzip |
| Themenblock 3: | Verbundene Dienstleistungen |
| Themenblock 4: | Leistungsfähigkeit |

Die zweite Arbeitsgruppe sollte sich über die Organisation der kommunalen Unternehmen verständigen. Hier sind folgende Themenblöcke angedacht:

| | |
|---|---|
| Themenblock 1: | Stellung der Gesellschafter |
| Themenblock 2: | Aufgabe von Überwachungsorganen |
| Themenblock 3: | Paritätische Besetzung von Überwachungsorganen |
| Themenblock 4: | Kontrolle über öffentlich-rechtliche Unternehmen |

Wir stellen uns vor, dass in jeder Sitzung der beiden Arbeitsgruppen jeweils einer der genannten Themenblöcke grundsätzlich abschließend behandelt werden sollte. Zur Vorbereitung der einzelnen Sitzungen wird unsere Projektgruppe jeweils vorbereitende Diskussionsunterlagen zur Verfügung stellen. Darauf aufbauend sind die Mitglieder der Arbeitsgruppe aufgerufen, für ihren jeweiligen Verband eigene Vorschläge und Diskussionspapiere einzubringen.
Dieser Dialogprozess soll in ein Gesetzgebungsverfahren münden, in das die Ergebnisse der Arbeitsgruppen einfließen werden. Hier wird sicherlich die Gemeindeordnung im Vordergrund stehen, aber auch Änderungen beim Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit oder beim Kommunalprüfungsgesetz sind denkbar.
Nach unserer Vorstellung soll es aber mit dem Gesetzgebungsvorhaben allein noch nicht sein Bewenden haben. Voraussichtlich werden auch die bestehenden untergesetzlichen Regelungen überarbeitet werden müssen. Zu nennen sind an dieser Stelle beispielhaft die Eigenbetriebsverordnung und die Kommunalunternehmensverordnung.
Zudem zeigt die Praxis der Kommunalaufsicht, dass auch bei den öffentlich-rechtlichen Unternehmensformen aufgrund der Verschiedenartigkeit der Unternehmen und der jeweils verfolgten Zwecke viele Einzelfragen und Problemstellungen bestehen. Dies betrifft insbesondere Fragen der Organisation und der Wirtschaftsführung. Noch mehr Fragen stellen sich bei den privatrechtlichen Unternehmensformen. Hier sind in der Praxis vor allen Dingen die GmbH, die Aktiengesellschaft und die GmbH & Co. KG zu nennen.
Insbesondere die Zahl der privatrechtlichen kommunalen Unternehmen nimmt kontinuierlich zu. Lag der Anteil nach Angaben des VKU im Jahr 1969 bei 10%, lag dieser 1990 bereits bei 38% und beträgt mittlerweile rund 60% aller Mitgliedsunternehmen des VKU. Unstrittig ist, dass diese Entwicklung gleichzeitig zu erhöhtem Steuerungs- und Kontrollaufwand für die jeweilige Gemeinde führt. Mit der Änderung der Gemeindeordnung vom 22. März 2012 hat der Gesetzgeber die bereits bestehenden verfassungsrechtlich geltenden Grundsätze zur Steuerung und Kontrolle der gemeindlichen Unternehmen in Privatrechtsform konkretisiert. Angesichts der zunehmenden Zahl privatrechtlich organisierter kommunaler Unternehmen möchte ich auf dieses Thema etwas intensiver eingehen:
Die überwiegend im Eigentum der Gemeinden befindlichen Unternehmen sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesgerichtshofes Teil der Gemeindeverwaltung im materiell-rechtlichen Sinne. Daraus folgt die Pflicht der Gemeindevertretungen, die Steuerung und die Kontrol-

le über diese Unternehmen wahrzunehmen. Die Gemeindevertretung ist als unmittelbar demokratisch legitimiertes oberstes Willensbildungs- und Beschlussorgan für alle wichtigen gemeindlichen Führungs- und Kontrollaufgaben zuständig. Diese Kontrollkompetenz beinhaltet die Zuständigkeit der Gemeindevertretung zur Überwachung der Recht- und Zweckmäßigkeit des Handelns der Gemeindeunternehmen. Die Gemeindevertretung ist berechtigt und verpflichtet, die Aufgabenplanung und Aufgabendurchführung kommunaler Gesellschaften zu überwachen, um sicherstellen zu können, dass der gemeinwohl-orientierte öffentliche Zweck sach- und interessengerecht durch die Unternehmen erfüllt wird.

Zweck der Auskunftspflicht und auch des Weisungsrechtes ist dabei, dass die unmittelbar demokratisch legitimierten Gemeindevertreterinnen und -vertreter die Geschäftspolitik der Unternehmen der Gemeinde steuern können und somit eine demokratische Kontrolle der öffentlichen Unternehmen der Gemeinde sichergestellt wird. Die Entscheidung darüber, was zu einer Verbesserung der Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten beiträgt und folglich dazu geeignet ist, eine Abkopplung der kommunalen Gesellschaften von der Gemeinde zu verhindern, trifft die Gemeindevertretung unter Berücksichtigung der besonderen Gegebenheiten vor Ort. In der Regel werden alle Informationen, deren Kenntnis für die Führung und den Betrieb der Gesellschaften von erheblichem Gewicht sind, besondere Relevanz besitzen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Daten und Fakten dem kaufmännischen, finanziellen, technischen, planerischen oder personellen Bereich der Gesellschaft entstammen.

Zu beachten ist jedoch, dass die gemeindlichen Unternehmen formell ausgegliedert und rechtlich selbstständig sind, so dass die nachträgliche, begleitende und zukunftsgerichtete Kontrolle durch die Gemeindevertretung nicht ausnahmslos erfolgen kann. Die formelle Verselbstständigung verlangt eine inhaltliche Begrenzung der Kontrollkompetenz auf eine Richtungskontrolle der wesentlichen unternehmensinternen Abläufe, denn nur die essentiellen Handlungen und Entscheidungen über die Führung und den Betrieb öffentlicher Unternehmen werden durch die Gemeindevertretung kontrolliert werden können. Die Überwachung unternehmerischer Handlungen und Entscheidungen, die für die Führung und den Betrieb kommunaler Gesellschaften keine große Bedeutung besitzen, müssen den zuständigen Unternehmensorganen vorbehalten bleiben.

So ist bei der Abgrenzung zu bedenken, dass die erhöhte Handlungsfähigkeit und die Autonomie einer Gesellschaft regelmäßig maßgebliche Gründe für die Ausgliederung einer Gesellschaft waren.

Zu beachten ist weiterhin, dass öffentlich-rechtliche Normen, welche insbesondere dem Demokratieprinzip gem. Art. 20 Grundgesetz folgen, bei den privatrechtlichen Gesellschaften grundsätzlich nur über die Satzungen bzw. Gesellschaftsverträge – und auch nur innerhalb der gesellschaftsrechtlichen Grenzen – implementiert werden können. Das bedeutet zugleich, dass der Ausgestaltung der Satzungen bzw. Gesellschaftsverträge größtes Gewicht beizumessen ist. Dabei muss sich die Ausgestaltung der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages am Zweck einer Gesellschaft orientieren. Er gibt den Rahmen vor für die selbständig durch die Geschäftsführung wahrzunehmenden operativen Aufgaben. Eine weitere Konkretisierung erfolgt dann durch den Wirtschaftsplan, die Geschäftsordnung oder ähnliche Regelungen.

Im Übrigen ist natürlich auch der möglichst genau beschriebene Gesellschaftszweck von erheblicher Bedeutung, da er ein Spiegelbild der von der Gemeinde wahrzunehmenden Selbstverwaltungsaufgabe ist: Jede Ausweitung des Gesellschaftszweckes kann die Wahrnehmung einer neuen Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinde bedeuten.

Ich möchte an dieser Stelle jedoch auch deutlich anmerken, dass es Aufgabe jeder einzelnen Gemeinde ist, sich innerhalb der eigenen Gemeinde darauf zu verständigen, wie die Steuerungs- und Kontrollinstrumente im Einzelnen einzusetzen sind. Das nunmehr gemeindewirtschaftsrechtlich geregelte Weisungsrecht bedeutet zum Beispiel die Möglichkeit – jedoch nicht die Pflicht –, Aufsichtsratsmitgliedern Weisungen erteilen zu können. Dem folgt jedoch nicht, dass jedwede Entscheidung der Aufsichtsratsmitglieder durch Weisungen belegt werden sollte. Wie schon kurz ausgeführt, wurde mit der Entscheidung, eine formelle Ausgliederung im Rahmen privatrechtlicher Gesellschaften vorzunehmen, vermutlich auch das Ziel einer erhöhten Handlungsfähigkeit und Autonomie einer Gesellschaft verfolgt. Dieses Ziel sollte nicht durch eine zu extensive Nutzung des Weisungsrechtes konterkariert werden. Festzuhalten bleibt, dass bei einem funktionsfähigen Beteiligungsmanagement und einer klaren Aufgabentrennung zwischen dem Haupt- und Ehrenamt und der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung und dem Aufsichtsrat eine sachgerechte Steuerung der Gesellschaft erfolgen kann.

Meine Damen und Herren,

die Vielfalt der Fragestellungen sowohl hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen als auch hinsichtlich der privatrechtlichen Unternehmensformen wird aus diesen kurzen grundsätzlichen Ausführungen bereits deutlich. Auch insoweit ist uns ein intensiver Dialog mit Ihnen wichtig. Als oberste Kommunalaufsicht haben wir zwar einen guten Überblick über die in der Praxis bestehenden Fragestellungen. Bei der Suche nach adäquaten Antworten brauchen wir aber den Erfahrungsschatz der Praktiker. Daher hoffe ich auf ihre Unterstützung auch bei der Erarbeitung untergesetzlicher Regelungen in der zweiten Phase der umfassenden Fortentwicklung des Gemeindewirtschaftsrechtes.

Wir haben uns zum Ziel gesetzt, die Städte und Gemeinden zu unterstützen, indem wir Musterregelungen und Empfehlungen zur Verfügung stellen. Ich meine, nicht jede Satzung eines Kommunalunternehmens oder einer GmbH bedarf der anwaltlichen Hilfestellung. Hier könnten sich vielleicht noch Einsparungen erzielen lassen. Und im Spannungsfeld zwischen unternehmerischem Handeln und konkreter Steuerung durch die Gemeinden wollen wir gerne mit Ihnen zusammen klare kompetenzzuweisende Regelungen erarbeiten, welche einerseits die notwendige Richtungskontrolle durch die Gemeinden sicherstellen und gleichzeitig die Handlungsfähigkeit der Unternehmensorgane gewährleisten.

Das ist ein äußerst anspruchsvolles Vorhaben, denn neben Mustern, zum Beispiel für Gesellschaftsverträge, für Geschäftsführeranweisungen oder für eine Geschäftsordnung für Aufsichtsräte einer GmbH, würden wir gerne mit Ihnen gemeinsam einen Public Corporate Governance Kodex als Muster für die schleswig-holsteinischen Gemeinden erarbeiten.

Public Corporate Governance Kodizes wurden bereits in vielen größeren Städten eingeführt; diese lassen sich aber nicht direkt auf die schleswig-holsteinischen Verhältnisse übertragen. Sie haben die Aufgabe, einen Standard für das Zusammenwirken aller Beteiligten festzulegen. Ziel ist es, eine effiziente Zusammenarbeit zwischen dem Aufsichtsrat und der Geschäftsführung zu fördern und zu unterstützen, den Informationsfluss zwischen Unternehmen und Stadtverwaltung im Sinne eines Beteiligungscontrollings zu verbessern, das öffentliche Interesse und die Ausrichtung der Unternehmen am Gemeinwohl durch eine Steigerung der Transparenz und Kontrolle abzusichern und durch mehr Öffentlichkeit und Nachprüfbarkeit das Vertrauen in die Entscheidungen aus Verwaltung und Politik zu erhöhen. Der Begriff Public Corporate Governance Kodex wird dabei als Maßstab für gute Unternehmensführung und Kontrolle in öffentlichen Unternehmen verstanden. Grundlage ist der Deutsche Corporate Governance Kodex, welcher nach § 161 Aktiengesetz die Organe börsennotierter Unternehmen in Deutschland verpflichtet, Entsprechenserklärungen abzugeben.

Wenn uns die Erarbeitung eines solchen Musters eines Public Corporate Governance Kodex für schleswig-holsteinische Kommunen gelingen würde, hätten die Kommunen ein erhebliches Maß an Handlungssicherheit gewonnen. Der Bedarf hierfür ist nach unseren Erkenntnissen außerordentlich groß – insofern ist dieses Vorhaben aller Mühe wert!
Zum Schluss möchte ich noch kurz die Zeitschiene ansprechen:
Ziel ist es, dass die Themenblöcke der ersten Dialogphase bis Ende dieses Jahres abschließend erörtert sind. Die konkreten Termine werden Ihnen zeitnah mit der Einladung zu den Arbeitsgruppensitzungen mitgeteilt. In der Folge sollen die erste Kabinettsbefassung im ersten Quartal 2014 und die Einbringung in den Landtag bis Ende Sommer 2014 erfolgen. Die zweite Dialogphase – die der Erarbeitung der untergesetzlichen Regelungen – soll nach unserer Planung dann bis Ende 2015 abgeschlossen sein.

Meine Damen und Herren,
dies war ein Ausblick auf die anstehenden Herausforderungen, denen wir uns gerne gemeinsam mit Ihnen stellen wollen. Nun freue ich mich auf die folgenden interessanten Vorträge und auf eine lebhafte und erkenntnisreiche Podiumsdiskussion.

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

# Verfassungsrechtliche Grenzen kommunalwirtschaftlichen Handelns – und der gesetzlichen Ausgestaltung desselben

Dr. Sönke E. Schulz / Jakob Tischer*

**I. Einleitung**

Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen und der Rechtsrahmen des Kommunalwirtschaftsrechts sind in regelmäßigen Abständen Gegenstand einer Diskussion – kommt in den Details doch oft eine wirtschaftspolitische Grundeinstellung zum Ausdruck. So sind in der Vergangenheit je nach politischen Mehrheitsverhältnissen Entwicklungswellen feststellbar (zuletzt besonders deutlich in Nordrhein-Westfalen[1]). Auch in Schleswig-Holstein hat die aktuelle Koalition eine Überarbeitung des Gemeindewirtschaftsrechts in der Kommunalverfassung mit dem Ziel erweiterter wirtschaftlicher Betätigungsmöglichkeiten der Kommunen auf die Agenda gesetzt[2]. Hintergrund der neuerlichen Debatte auch in anderen Bundesländern sind die Energiewende und ihre Folgen – ist doch die daseinsvorsorgerisch motivierte Betätigung, zu der auch der Energiesektor zählt, ein Hauptanwendungsfeld. Im Folgenden sollen in einem ersten Schritt die verfassungsrechtlichen Determinanten des kommunalwirtschaftlichen Handelns umschrieben werden, um anschließend jeweils die daraus ableitbaren Vorgaben für die Ausgestaltung des Kommunalwirtschaftsrechts durch den (einfachen) Landesgesetzgeber darzustellen. Dabei werden typischerweise diskutierte Instrumente zur Erweiterung oder Begrenzung des wirtschaftlichen Aktionsradius der Kommunen betrachtet. Als verbindendes Element beider Fragestellungen tritt dabei vor allem die Garantie kommunaler Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG in Erscheinung – ist diese doch zugleich Recht der Kommunen (und damit Grenze des einfachen Gesetzgebers) als auch Grenze für das kommunale Handeln (in Form einer begrenzten Kompetenzzuweisung[3]). Neben Art. 28 Abs. 2 GG (bzw. den landesrechtlichen Entsprechungen) sind es die Grundrechte privater Wirtschaftsteilnehmer und die Rechtspositionen anderer Träger öffentlicher Gewalt, verfassungsrechtlich konkretisiert in den Vorschriften zur Abgrenzung der Kompetenzen untereinander, sowie demokratisch-rechtsstaatliche Anforderungen an die Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung, die geeignet sind, Grenzen zu setzen.

**II. Energieversorgung und -erzeugung als Element kommunaler Selbstverwaltung**

Vor dem Hintergrund, dass in Schleswig-Holstein eine direkte Verbindung zwischen den Anforderungen der Energiewende und der Reform des Gemeindewirtschaftsrechts hergestellt wird, erscheint es sinnvoll, zunächst die Zugehörigkeit des Energiesektors zum kommunalen Aufgabenspektrum und damit auch zum Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 GG darzustellen.
Ging die leitungsgebundene Versorgung mit Elektrizität zwar ganz ursprünglich von privaten Initiativen aus, entwickelte sich in diesem Bereich doch rasch ein kommunales Engagement, das aufgrund der für die Gemeinden exklusiven Möglichkeit der Konzessionierung, der Einträglichkeit und der versorgungspolitischen Steuerungseffekte bald zu einer Konzentration der örtlichen, in öffentlicher Hand befindlichen Versorgungsbetriebe unter dem Dach kommunaler Stadtwerke führte[4]. Die Entwicklung begann um 1850 mit der Konzessionierung englischer Gasgesellschaften in den Großstädten[5] und mündete bereits vor der Jahrhundertwende in eine Kommunalisierungswelle, die sich bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts erstreckte[6]. Angesichts der technisch-wirtschaftlichen Entwicklung ist den Städten und Kreisen in der Folgezeit in der Regel nur noch die Energieverteilung verblieben, während die Gasbeschaffung und die Stromerzeugung in der Hand staat-licher oder kommunalgemeinschaftlicher, oft infolge privater Beteiligung gemischtwirtschaftlich agierender Großunternehmen liegt[7]. Die herausgehobene Position der Kommunen in der Energie- und gerade der Elektrizitätsversorgung beruht insbesondere auf ihrer Eigenschaft als Verfügungsberechtigte über das gemeind-

---

* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag zu den »Verfassungsrechtlichen Vorgaben kommunalwirtschaftlichen Handelns« auf der Fachtagung »Gemeindewirtschaftsrecht in Schleswig-Holstein«, ausgerichtet vom Innenministerium des Landes Schleswig-Holstein am 29. April 2013 im Schleswig-Holsteinischen Landtag. Dr. Sönke E. Schulz ist geschäftsführender wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Jakob Tischer, Dipl.-iur., ist wissenschaftlicher Mitarbeiter ebendort.

1 Zu den Änderungen im nordhein-westfälischen Kommunalwirtschaftsrecht der letzten Jahre Held, in: ders./Winkel/Wansleben (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Loseblattsammlung (Stand: Dezember 2012), vor §§ 107 ff. GO, S. 11 ff.; Attendorn, KommJur 2010, 361 ff.; Dünchheim/Schöne, DVBl. 2009, 146 ff.

2 Koalitionsvertrag 2012-2017: Bündnis für den Norden – Neue Horizonte für Schleswig-Holstein, vom 12. 06. 2012, Zeile 1662 bis 1665; abrufbar unter: http://www.schleswig-holstein.de/Portal/DE/LandesregierungMinisterien/Landesregierung/Koalitionsvereinbarung.html.

3 Tettinger/Schwarz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 28 Rn. 173; Schliesky, Die Gemeinde SH 2001, 302 (303); Britz, NVwZ 2001, 380 (386); Lux, NWVBl. 2000, 7 (9).

4 Vgl. Pielow, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, 3. Aufl. 2011, § 54 Rn. 5.

5 Stern/Püttner, Die Gemeindewirtschaft, Recht und Realität, 1965, S. 11 ff.

6 Püttner, NVwZ 1998, 121 (121).

7 Püttner, NVwZ 1998, 121 (121).

liche Wegenetz, dessen Inanspruchnahme Voraussetzung einer leitungsgebundenen Versorgung der Einwohner mit Energie ist, weshalb hier für die Kommunen von Beginn an die Möglichkeit bestand, die örtliche Stromversorgung unter Ausschluss anderer Energieversorgungsunternehmen entweder einem eigenen Unternehmen vorzubehalten oder sie einem fremden, privaten Unternehmen zu übertragen, sich aber vertragliche Einflussrechte zu sichern[8]. Waren die kommunalen Energieversorgungsunternehmen lange Zeit auch kartellrechtlich privilegiert, trat 1998 das europarechtlich veranlasste Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts in Kraft[9], gefolgt vom EnWG 2005[10] und begleitenden Rechtsverordnungen, womit der Rechtsrahmen der Energiewirtschaft in Deutschland erstmals einen Paradigmenwechsel in Gestalt einer staatlichen Regulierung zur Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Energieversorgung erfuhr[11].

Gleichwohl unterfällt die Versorgung mit Energie auch nach gegenwärtigem Verständnis der Daseinsvorsorge und damit den zentralen Aspekten kommunaler Selbstverwaltung. So sehen es denn auch das BVerfG[12] (»…die Durchführung der Wasser- und Energieversorgung [gehört] zu den typischen, die Daseinsvorsorge betreffenden Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften«), das BVerwG[13] (»Die örtliche Energieversorgung gehört zu den durch Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleisteten Selbstverwaltungsangelegenheiten örtlich relevanten Charakters.«) und bspw. der VerfGH Rheinland-Pfalz[14] (»Im Rahmen der so genannten Daseinsvorsorge geht es dabei in erster Linie um Basisgüter wie Strom,…«). Die Gerichte, hier insbesondere das BVerfG, haben insoweit konsequent ihre Rechtsprechung zum Charakter der Energieversorgung einerseits und zum Schutz der Selbstverwaltungsgarantie andererseits verbunden und die Eigenschaft der Durchführung der Wasser- und Energieversorgung als typische Daseinsvorsorgeaufgabe klar herausgestellt[15]. Eine Entscheidung, ob oder inwieweit die Energieversorgung auch zum unentziehbaren Kern der Selbstverwaltung gehört, ist damit zwar noch nicht getroffen, jedenfalls aber steht fest, dass die Energieversorgung kraft Verfassungsrechts eine gemeindliche öffentliche Aufgabe darstellt und grundsätzlich unter den Schutz der Selbstverwaltungsgarantie fällt[16].

Bisweilen wird diese Sichtweise angesichts des liberalisierten Energiemarktes nicht mehr vorbehaltlos geteilt, sondern ein differenzierendes Verständnis zugrunde gelegt[17], das zwischen Energieerzeugung (die – inzwischen »entörtlicht« – keine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft mehr darstelle)[18] und Energieverteilung unterscheidet. Die Energieverteilung soll danach der grundsätzlichen Verantwortung der Kommunen für die Versorgung der Einwohner mit leitungsgebundener Energie obliegen – unter daseinsvorsorgerischen Gesichtspunkten sind damit Versorgungssicherheit, flächendeckende Erbringung, Sicherstellung des gleichberechtigten Zugangs und der Qualität der angebotenen Leistungen sowie erschwingliche Preise angesprochen[19].

Vorstellbar ist aber, dass die Energiewende auch der Energieerzeugung eine neue örtliche Dimension verleiht. Das EnWG 2005 geht in seiner Begriffe bestimmenden Vorschrift (§ 3 EnWG, hier Nr. 36) nach wie vor davon aus, dass Versorgung neben Vertrieb und Netzbetrieb auch »die Erzeugung oder Gewinnung von Energie zur Belieferung von Kunden« ist. Zudem wird den kommunalen Energieversorgungsunternehmen und ihrer dezentralen Struktur im Rahmen der Energiewende nunmehr große Bedeutung beigemessen[20]. Die Entörtlichung stand nämlich in enger Verbindung mit immer größeren Investitionsbedarfen für energieerzeugende Einrichtungen, bspw. Atomkraftwerke. Energieversorgung und -gewinnung werden in der Folge der Energiewende und kleinteiliger Energieerzeugung wieder stärker in kommunaler Hand aufgehen[21]. Gerade im Bereich der erneuerbaren Energien steigt das Interesse an Windkraftanlagen in kommunaler Regie, Bürgerwindparks oder kommunalen Photovoltaikanlagen[22]. Vor diesem Hintergrund verfängt das Argument der »Entörtlichung« der Energieerzeugung nur noch begrenzt. Setzt sich die Tendenz der Dezentralisierung fort, rückt die Energiegewinnung auch wieder näher in den Bereich der »klassischen Daseinsvorsorge«, da Gemeinden die wirtschaftliche und infrastrukturelle Energieversorgung als Markteilnehmer sichern können und müssen und infolge der Herausbildung dezentralisierter Strukturen ebenfalls das Bedürfnis nach sicherer Versorgung durch Betreiber in öffentlicher Hand steigt[23]. Dass eine Gemeinde eine Aufgabe nicht mehr monopolistisch, sondern als Marktteilnehmer im Wettbewerb mit anderen erfüllt, reicht außerdem als Argument, weshalb die Aufgabe keinen örtlichen Bezug mehr aufweisen und damit nicht dem Schutz von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG unterfallen soll, nicht aus[24].

### III. Gemeinwohlbindung als Grenze jedes staatlichen Handelns

Das Rechtsstaatsprinzip verlangt, dass jegliches Handeln der Träger öffentlicher Gewalt durch einen öffentlichen Zweck respektive ein Gemeinwohlerfordernis gerechtfertigt sein muss[25]. Dies gilt auch für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen: Die öffentliche Verwaltung bleibt auch dann Verwaltung, wenn sie wirtschaftet[26]. Diese Einschränkung ist seit jeher (seit der Deutschen Gemeindeordnung aus dem Jahre 1935[27]) als Einschränkung kommunalwirtschaftlichen Handelns anerkannt, setzt allerdings nur eine äußerste Grenze: Gewinnstreben darf nicht zum Selbstzweck werden[28]; eine Verfolgung (auch) fiskalischer Interessen wird gleichwohl nicht ausgeschlossen. Für die Kommunalwirtschaft bzw. die Ausgestaltung des kommunalen Wirtschaftsrechts bedeutet dies, dass grundsätzlich – auch in einzelnen Bereichen, bspw. für die Energieversorgung – kein vollständiger Dispens von der öffentlichen Zweckbindung möglich ist. Denkbar ist aber eine gesetzliche Definition der öffentlichen Zwecksetzung, soweit die erfassten Branchen daseinsvorsorgerisch-wirtschaftliche Tätigkeit betreffen (Beispiel: § 107a Abs. 1 GO NRW) und die gesetzliche Vorfestlegung mit den tatsächlichen Begebenheiten einer Branche bei typisierender Betrachtung übereinstimmt. Was die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers betrifft, lässt sich danach abstufen, ob ein »dringender Zweck«, der die Betätigung »erfordert« (Beispiel: § 107 Abs. 1 Satz 1 GO NRW a. F.) als Zulässigkeitsvoraussetzung normiert wird oder ob lediglich das Vorliegen eines »öffentlichen Zwecks« die Betätigung rechtfertigen muss (Beispiel: § 101 Abs. 1 Nr. 1 GO SH).

---

8 Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 264.
9 Vom 28. 04. 1998, BGBl I S. 730.
10 Vom 07. 07. 2005, BGBl I S. 1970.
11 Pielow (Fn. 4), § 54 Rn. 9, 34; vgl. auch Püttner, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 144 Rn. 84 ff.
12 BVerfG, NJW 1990, 1783.
13 BVerwGE 98, 273 (275).
14 VerfGH Koblenz, NVwZ 2000, 801 (803).
15 Hierzu und zum Folgenden Püttner, LKV 1991, 209 (211).
16 So auch Mehde, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz – Kommentar, Loseblattsammlung (Stand: 67. Erg.-Lfg., 11/2012), Art. 28 Abs. 2 Rn. 93; Heintzen, NVwZ 2000, 743 (743); Hellermann (Fn. 8), S. 272 f.; Damm, JZ 1988, 840 (841).
17 Etwa bei Lecheler, NVwZ 1995, 8 (10).
18 Vgl. Wieland/Hellermann, Der Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen gegenüber Einschränkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigung im nationalen und europäischen Recht, S. 24 m. w. N.
19 Kolb, LKV 2006, 97 (98).
20 Geiger/Aßmann, DVBl. 2012, 1276 (1276).
21 Bringewat, ZUR 2013, 82 (87).
22 Dazu etwa v. Kaler/Kneuper, NVwZ 2012, 791 ff; Kruse/Legler, ZUR 2012, 348 ff.; Teuber, gemeindehaushalt 2012, 86 ff.
23 Bringewat, ZUR 2013, 82 (87).
24 Ipsen, in: ders./Schmidt-Jortzig (Hrsg.), Recht – Staat – Gemeinwohl, Festschrift für Dietrich Rauschning, 2001, S. 645 (663).
25 Ehlers, NWVBl. 2000, 1 (4).
26 VerfGH Koblenz, NVwZ 2000, 801 (801).
27 RGBl I S. 49.
28 VerfGH Koblenz, NVwZ 2000, 801 (801).

### IV. Art. 28 Abs. 2 GG als verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt

Um die begrenzende Wirkung, die mit Art. 28 Abs. 2 GG für die Kommunalwirtschaft einhergeht, zu verstehen, ist zunächst dennoch der Blick auf die berechtigende Funktion der Garantie kommunaler Selbstverwaltung zu richten, die gerade auch die Energieversorgung als Schutzobjekt umfasst.

#### 1. Art. 28 Abs. 2 GG als individuelle Rechtsposition der Gemeinden

Zentrale Norm der Garantie kommunaler Selbstverwaltung ist Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Nach dieser Vorschrift muss den Gemeinden das »Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln«. Sie bindet den Bund, soweit er die Kommunen betreffendes Recht erlässt, adressiert aber primär die Länder und verpflichtet sie als sog. Durchgriffsnorm unmittelbar[29].

Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie enthält einerseits eine Rechtssubjektsgarantie, die gewährleistet, dass es Gemeinden als Elemente des Verwaltungsaufbaus geben muss[30]. Darüber hinaus ist Bestandteil von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG die Rechtsinstitutionsgarantie – die Gewährleistung der Institution »gemeindliche Selbstverwaltung«, also der eigenverantwortlichen Wahrnehmung des gemeindlichen Aufgabenbereichs. Ferner vermittelt die Norm den Gemeinden eine subjektive Rechtsstellungsgarantie in Gestalt einer rechtsschutzfähigen Position bei Angriffen auf ihre Rechts- und Organisationsform als solche (institutionsbezogen) und auf die damit zentral verbundenen Komponenten (subjektbezogen); der individuelle Bestand der einzelnen Gemeinde ist demgegenüber nicht geschützt[31]. Inhaltlich schützt die Institutionsgarantie gemeindlicher Selbstverwaltung insbesondere den Aufgabenbestand der Gemeinde gegenüber staatlichen Maßnahmen, also sowohl das im Rahmen der Allzuständigkeit bestehende Aufgabenzugriffsrecht als auch vor Aufgabenentzug und Aufgabenüberbürdung[32]. Überdies garantiert die eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung einen Schutz vor staatlichen Einmischungen in die Art und Weise der Erledigung örtlicher Aufgaben. Das Ausmaß der Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung verdeutlichen die sog. gemeindlichen Hoheiten (u. a. Organisations-, Kooperations-, Personal-, Finanz-, Planungs- und Satzungshoheit). Sie heben einzelne wichtige und traditionell verselbstständigte Aspekte in diesem Bereich hervor[33], beanspruchen aber keine Ausschließlichkeit und umschreiben auch nicht abschließend Elemente des Wesensgehalts kommunaler Selbstverwaltung[34].

Von besonderem Gewicht für die kommunale Selbstverwaltung ist das Gebiet der Daseinsvorsorge[35]. Deren Aufgabenfelder zählen traditionell zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft[36]. Insbesondere in diesem Bereich genießt die Möglichkeit der Aufgabenwahrnehmung in Form von wirtschaftlicher Betätigung besonderen Schutz[37]. Nach der Kern-Randbereich-Dogmatik ist die Möglichkeit wirtschaftlicher Betätigung vom Kernbereich des Art. 28 Abs. 2 GG umfasst[38]. Da damit kein gegenständlich bestimmter oder nach feststehenden Maßstäben bestimmbarer Aufgabenkatalog umschrieben ist und wirtschaftliche Betätigung nur eine Form (einen »Modus«[39]) darstellt, mit der Gemeinden ihre öffentlichen Aufgaben wahrnehmen, bezieht sich der verfassungsrechtliche Kernbereichsschutz aber lediglich auf das Recht der wirtschaftlichen Betätigung als solches[40]. Als Mittel zur Verwirklichung von örtlichen Gemeinwohlzielen steht den Gemeinden deshalb das Recht auf wirtschaftliche Betätigung, die Befugnis zur Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen, verfassungsrechtlich zur Verfügung[41].

Art. 28 Abs. 2 GG schützt darüber hinaus auch die selbstständige und eigenverantwortliche Nutzung des kommunalen Vermögens (Finanzhoheit). Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist es »ein Aspekt eigenverantwortlichen kommunalen Wirtschaftens …, dass die Kommunen ihr Vermögen selbstständig verwalten und auch wirtschaftlich nutzen können«[42]. Aus diesem Recht und dem Anspruch auf eine aufgabengerechte Finanzausstattung ist ggf. eine Pflicht des Landesgesetzgebers ableitbar, die Möglichkeiten eigenwirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden auszuweiten[43], zumindest aber im Grundsatz zu erhalten.

Dies bedeutet für die Kommunalwirtschaft bzw. die Ausgestaltung des kommunalen Wirtschaftsrechts, dass Eingriffe – soweit der Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 GG reicht – nur durch oder aufgrund eines Gesetzes zulässig sind. Da das modale Element (Eigenverantwortlichkeit bzw. wirtschaftliche Betätigung) das sachliche (Allzuständigkeit bzw. Energieversorgung) voraussetzt[44], sind von gesetzlichen Vorgaben in der Regel beide Schutzbereiche der Selbstverwaltungsgarantie gleichermaßen erfasst. Es bedarf in jedem Fall eines sachlich-rechtfertigenden Grundes der Einschränkungen. Selbst für eine qualifizierte Formulierung der Schrankentrias, insbesondere der Subsidiaritätsklausel, lassen sich solche in Form der Bewahrung der Gemeinde vor unverantwortlichen Risiken, dem Schutz der Privatwirtschaft vor Konkurrenz oder dem Vorrang der Privatinitiative finden, da i. d. R. nur der Randbereich betroffen sein wird. Das grundsätzliche Zugriffsrecht auf alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wird ebensowenig wie das Recht zu wirtschaftlicher Betätigung als solches infrage gestellt.

#### 2. Art. 28 Abs. 2 GG als Grenze kommunalen Wirtschaftens

Aus der Definition des Schutzbereichs des Art. 28 Abs. 2 GG folgt eine wesentliche Beschränkung zulasten der Gemeinden. Zwei denkbare Ansatzpunkte kommen insofern in Betracht: zunächst der Umstand, dass jedes staatliche Handeln, auch wirtschaftliches, einer Kompetenzzuweisung bedarf. Die öffentliche Verwaltung bleibt auch dann Verwaltung, wenn sie wirtschaftet[45]. Daneben erscheint es denkbar, dass die Betätigung der einen Gemeinde eine Einschränkung der Rechte anderer Gemeinden bewirkt.

Eine originäre Kompetenz zugunsten der Gemeinden lässt sich in Art. 28 Abs. 2 GG lediglich für die »Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft« finden. Diese werden durch die Bedürfnisse und Interessen bestimmt, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, anders ausgedrückt, die den Gemeindeeinwohnern gemeinsam sind, weil sie gerade das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen[46]. Ein so

---

29 Hellermann, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Ed. 17 (Stand: 1.1.2013), Art. 28 Rn. 27.

30 Hierzu und zum Folgenden Schmidt-Aßmann/Röhl, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, 1. Kap. Rn. 10 ff.

31 Tettinger, in: Mann/Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 3. Aufl. 2007, § 11 Rn. 5.

32 Vgl. Burgi, Kommunalrecht, 4. Aufl. 2012, § 6 Rn. 26 ff.

33 Hellermann (Fn. 29), Art. 28 Rn. 40.

34 Schmidt-Aßmann/Röhl (Fn. 30), 1. Kap. Rn. 23.

35 Tettinger (Fn. 31), § 11 Rn. 14.

36 Bei der Energieversorgung handelt es sich dabei zunächst um einen Teilaspekt der Allzuständigkeit; vgl. Nierhaus, in: Mann/Püttner (Fn. 4), § 40 Rn. 23. Zutreffend weist er darauf hin, dass die Annahme Rufferts (NVwZ 2000, 763 [763]), die Gemeindewirtschaft sei nur der Eigenverantwortung zuzuordnen, nicht überzeuge. Beide Schutzbereiche der Selbstverwaltungsgarantie würden die Kommunalwirtschaft gleichermaßen erfassen.

37 Schmidt-Aßmann/Röhl (Fn. 30), 1. Kap. Rn. 118; vgl. auch Wieland/Hellermann (Fn. 18), S. 25 m. w. N.

38 Vgl. nur Burgi (Fn. 32), § 6 Rn. 33; Hellermann (Fn. 29), Art. 28 Rn. 42; ders. (Fn. 8), S. 153; Jarass, DVBl. 2006, 1 (1); Scharpf, GewArch 2005, 1 (2); anders (hinsichtlich der Teilhabe am Kernbereichsschutz) Schink, NVwZ 2002, 129 (133).

39 Pielow (Fn. 4), § 54 Rn. 14.

40 Nierhaus (Fn. 36), § 40 Rn. 28; Scharpf, GewArch 2005, 1 (2).

41 Scharpf, GewArch 2005, 1 (2); ihm folgend Nierhaus (Fn. 36), § 40 Rn. 28.

42 BVerfG, DVBl. 1999, 697 (698).

43 Nierhaus (Fn. 36), § 40 Rn. 29.

44 Nierhaus (Fn. 36), § 40 Rn. 23.

45 VerfGH Koblenz, NVwZ 2000, 801 (801).

46 BVerfGE 8, 122 (134); 52, 95 (120); 79, 127 (151 f.); VerfG Bbg., LKV 1997, 449 (450); Schmidt-Jortzig, DÖV 1993, 449 (450).

umschriebener Aufgabenbestand ist jedoch nicht von vornherein und auf alle Zeiten festgeschrieben. Vielmehr ist stets auf die konkreten und wechselhaften Bedürfnisse der Gemeinschaft und ihre Leistungsfähigkeit (vgl. Art. 46 Abs. 1 LVerf SH) abzustellen[47]. Dieser entwicklungsoffene Aufgabenbereich führt in Kombination mit dem verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilungsprinzip zu einer „Allzuständigkeit" der Gemeinde oder „Universalität des [gemeindlichen] Wirkungskreises"[48]. Auch wenn die Grenzen insofern gerade bei daseinsvorsorgerisch motivierter Betätigung fließend sind, da auch überörtliche Aktivitäten der Versorgung der Gemeindeeinwohner dienen können (klassisches Beispiel: Schullandheim)[49], ist im Grundsatz davon auszugehen, dass überörtliches Handeln zwar auf die Vorgaben der Gemeindeordnungen, nicht aber auf Art. 28 Abs. 2 GG gestützt werden kann[50]. Die Verbandskompetenz verleiht auch im Bereich der kommunalen Selbstverwaltung eine lediglich begrenzte Rechtsmacht, sodass Art. 28 Abs. 2 GG nur hinsichtlich der eigenverantwortlichen Erledigung von Aufgaben mit örtlichem Bezug (auch durch wirtschaftliches Handeln) eine Garantie statuiert[51]. Diese kompetenzielle Bindung fordert ausdrücklich den Bezug zum kommunalen Gebiet: Sie erlaubt auch eine überörtliche wirtschaftliche Betätigung, jedoch nur, soweit ein Gebietsbezug zur tätig werdenden Gemeinde gegeben ist[52]. Die Norm verbietet den Gemeinden allerdings auch nicht, ohne Bezug zum eigenen Gebiet überörtlich wirtschaftlich tätig zu werden, soweit ihnen Rechtsvorschriften dies gestatten[53], dieses Handeln unterfällt lediglich nicht mehr der Garantie aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Dem Landesgesetzgeber steht es insoweit frei, die Zuständigkeiten der Gemeinde im Rahmen des landesverfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsrechts zu erweitern[54].

In der Konsequenz bedeutet dies für die Ausgestaltung des kommunalen Wirtschaftsrechts, dass eine einfachgesetzliche Kompetenzzuweisung erforderlich ist, die überörtliche wirtschaftliche Tätigkeit legitimiert. Außerhalb des Gewährleistungsgehalts des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG besitzen die Gemeinden kein unabgeleitetes, originäres Recht zu freiheitlicher Betätigung[55]. Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden außerhalb ihres Gebiets bedarf demnach einer kompetenzbegründenden einfachgesetzlichen Regelung. Es besteht insoweit ein Gesetzesvorbehalt, die Legitimierung des Tätigwerdens durch den Gesetzgeber ist aber unter bestimmten Voraussetzungen möglich[56].

Demgegenüber ist die Annahme, aus dem Recht der einen Gemeinde bzw. der Ausübung dieses Rechts (in Form der überörtlichen wirtschaftlichen Betätigung) folge eine Einschränkung der Rechtspositionen anderer Gemeinden, nicht geeignet, einen Gesetzesvorbehalt zu begründen oder sachlich-rechtfertigende Gründe zu fordern. Dies käme nur in Betracht, wenn von einem Eingriff in Art. 28 Abs. 2 GG ausgegangen werden könnte: Jedoch ist zu bedenken, dass durch das wirtschaftliche Tätigwerden einer Gemeinde außerhalb ihres Gebiets einerseits das von der Selbstverwaltungsgarantie geschützte Aufgabenzugriffsrecht der anderen Gemeinde nicht berührt wird und andererseits auch die Eigenverantwortlichkeit, also die Art und Weise der Aufgabenwahrnehmung, nicht in rechtlich relevanter Weise eingeschränkt wird[57]. Die andere Gemeinde ist schließlich nicht gehindert, sich weiterhin der Aufgabe selbst anzunehmen. Ein Aufgabenentzug findet bei bloßer Konkurrenz nicht statt[58]. Es tritt lediglich ein weiterer Akteur hinzu, was allerdings irrelevant ist, da Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG grundsätzlich kein vor Wettbewerb schützendes Verteilungsprinzip enthält[59]. Weshalb wirtschaftenden Kommunen gegenüber anderen Kommunen insoweit unterschiedliche Grenzen gezogen sein sollen als gegenüber der Privatwirtschaft, leuchtet nicht recht ein[60].

Dennoch erscheint es zielführend, bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Extraterritorialitätsklausel die Belange der betroffenen anderen Gemeinde mit aufzunehmen. Dies geschieht üblicherweise durch die Festschreibung, dass die »berechtigten Interessen der betroffenen Gebietskörperschaft gewahrt« sein müssen (so in § 101 Abs. 2 Satz 1 GO SH)[61].

### V. Grundrechte privater Marktakteure

Da Art. 28 Abs. 2 GG kein allgemeines Verteilungsprinzip zwischen Kommunen und Wirtschaft enthält und damit als Maßstab ausscheidet, sind den wirtschaftenden Selbstverwaltungskörperschaften aus der Sicht der Privatwirtschaft nur grundrechtliche Grenzen gesetzt[62]. So ist die von BVerfG und BVerwG ausdrücklich anerkannte[63] Wettbewerbsfreiheit privater Wirtschaftssubjekte zwar im Grundsatz geeignet, den wirtschaftlichen Aktivitäten der Kommunen verfassungsrechtliche Grenzen zu setzen, allerdings nur in Form einer äußersten Grenze. Wirtschaftliche Betätigungen der öffentlichen Hand können im Verhältnis zum (konkurrierenden) Privaten unter Umständen als Grundrechtseingriff zu werten sein (»Eingriff durch Konkurrenz«)[64]. Im System der offenen Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes wird zu Recht davon ausgegangen, dass dem Staat eigenwirtschaftliche Initiativen nicht generell untersagt sind[65]. Dies gilt vor allem – im Zeichen sozialstaatlicher Daseinsvorsorge – für solche Wirtschaftsbetätigungen, die der Befriedigung öffentlicher (sozialer) Bedürfnisse genügen (z. B. Verkehrsversorgung, Wasserversorgung, Energieversorgung etc.)[66]. Allerdings setzt die Berufsfreiheit der staatlichen Eigenwirtschaft und vor allem der Begründung staatlicher Monopole Grenzen[67]. Zwar schützt das Grundrecht der Berufsfreiheit grundsätzlich nicht vor Konkurrenz von dritter Seite und damit auch nicht vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand[68]. So hat das BVerfG ausgeführt, dass ein subjektives verfassungskräftiges Recht eines Geschäftsmannes auf die Erhaltung des Geschäftsumfangs und der Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten in der freien Wettbewerbswirtschaft nicht besteht[69]. Anderes gilt aber dann, wenn die staatliche Konkurrenz die private Konkurrenz bzw. die tatsächliche Berufsausübung eines privaten Konkurrenten rechtlich oder faktisch unmöglich macht[70]. Einen Eingriff in die Berufsfreiheit stellt deshalb und vor allem die Begründung staatlicher Monopole dar. Solche Monopole sind rechtfertigungsbedürftig[71].

Dies bedeutet für die Kommunalwirtschaft

---

47 BVerfGE 79, 127 (152); Schmidt-Jortzig, DÖV 1993, 973 (975).

48 BVerfGE 21, 117 (128 ff.); 79, 127 (146 ff.); 91, 228 (240); Schmidt-Aßmann/Röhl (Fn. 30), Kap. 1 Rn. 18; Tettinger/Schwarz (Fn. 3), Art. 28 Rn. 168; Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rn. 110.

49 Vgl. bei Heilshorn, VerwArch 96 (2005), 88 (98).

50 So auch Burgi (Fn. 32), § 17 Rn. 48.

51 Franzius, JURA 2009, 677 (680).

52 Heintzen, NVwZ 2000, 743 (744).

53 Jarass, DVBl. 2006, 1 (3).

54 Franzius, JURA 2009, 677 (680); Burgi (Fn. 32), § 17 Rn. 49.

55 Brosius-Gersdorf, AöR 130 (2005), 392 (409).

56 S. auch Heintzen, NVwZ 2000, 743 (744); Mann, JZ 2002, 819 (825); Jarass, DVBl. 2006, 1 (3); Franzius, JURA 2009, 677 (680); Burgi (Fn. 32), § 17 Rn. 49.

57 Wie hier Burgi, Neuer Ordnungsrahmen für die energiewirtschaftliche Betätigung der Kommunen, 2010, S. 86; anders z. B. Jarass, DVBl. 2006, 1 (3); Brosius-Gersdorf, AöR 130 (2005), 392 (409).

58 Kühling, NJW 2001, 177 (179).

59 Tettinger/Schwarz (Fn. 3), Art. 28 Rn. 215; Schink, NVwZ 2002, 129 (133).

60 So auch Britz, NVwZ 2001, 380 (386).

61 Zum Inhalt der »berechtigten Interessen« Schliesky, Die Gemeinde SH 2003, 290 (293).

62 Nierhaus (Fn. 36), § 40 Rn. 34

63 BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137); BVerwGE 17, 306, (309); 30, 191 (198); 60, 154 (159); 65, 167 (174); 79, 326 (329).

64 Vgl. Faber, DVBl. 2003, 761 (762); Tettinger, NJW 1998, 3473 (3474); Papier, DVBl. 2003, 686 (689); Storr, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 164 ff.; Kluth, WiVerw 2000, 184 ff.

65 Scholz, in: Maunz/Dürig (Fn. 16), Art. 12 Rn. 413.

66 Scholz (Fn. 65), Art. 12 Rn. 413.

67 Scholz (Fn. 65), Art. 12 Rn. 412 m. w. N.

68 BVerwGE 39, 329 (336); BVerwG, NJW 1978, 1539 (1540).

69 BVerfGE 31, 8 (30).

70 BGHZ 82, 375 (397).

71 Zum Rechtsschutz gegen wettbewerbsrelevante Betätigungen der öffentlichen Hand Brüning, NVwZ 2012, 671 ff.

bzw. die Ausgestaltung des kommunalen Wirtschaftsrechts, dass, da aus der Verfassung kein allgemeines Subsidiaritätsprinzip ableitbar ist, ein weiter Gestaltungsspielraum des einfachen Gesetzgebers besteht. Die konkrete Fassung der Subsidiaritätsklauseln ist in das politische Ermessen des Gesetzgebers gestellt. Die Subsidiaritätsklausel hat zur Konsequenz, dass die Gemeinde im Wege einer abwägungsähnlichen Prüfung die Zweck-Mittel-Relation anhand aller relevanten Aspekte zu überprüfen hat, um zu entscheiden, ob sich (nach der schleswig-holsteinischen Formulierung, die insoweit im bundesweiten Vergleich weniger strenge Anforderungen stellt) der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllen lässt[72]. Neben der Wirtschaftlichkeit sind auch qualitative Gesichtspunkte (Nachhaltigkeit, Dauerhaftigkeit, Zuverlässigkeit usw.) berücksichtigungsfähig[73]. Differenzierungsmöglichkeiten ergeben sich aus der konkreten Fassung – entweder ist Maßstab, ob die Gemeinde die Tätigkeit »ebenso gut und wirtschaftlich«[74] erfüllen kann, oder es ist zu beurteilen, ob sie »besser und wirtschaftlicher«[75] durch andere Unternehmen erfüllt werden kann.

Nicht vernachlässigt werden darf aber der Bezug des Kriteriums der »Wirtschaftlichkeit« zur Gemeinwohlorientierung. Eine völlige Freistellung ist insofern auch verfassungsrechtlich bedenklich: »Diese Freistellungsklauseln ermächtigen die Kommunen […] dazu, sich nicht gemeinwohlverträglich (vulgo: gemeinwohlschädlich) zu verhalten, indem sie sich auch dann wirtschaftlich betätigen dürfen, wenn sie den öffentlichen Zweck schlechter, unwirtschaftlicher, kostenungünstiger oder unzuverlässiger als ein privates Unternehmen erfüllen.«[76]

### VI. Kompetenzabgrenzung / Demokratieprinzip

Die Verteilung der Kompetenzen zwischen verschiedenen staatlichen Akteuren durch verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Vorgaben und der Grundsatz, dass jedes staatliche Handeln auf eine Kompetenzzuweisung rückführbar sein muss, sind kein Selbstzweck, sondern dienen rechtsstaatlichen und demokratischen Grundsätzen. Die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes soll vor dem Hintergrund der tragenden Prinzipien des Rechtsstaats und der Demokratie nicht unterwandert werden; maßgeblich ist die Beachtung des Kompetenzerhaltungsgebots, des Umgehungsverbots, des Grundsatzes eigenverantwortlicher Kompetenzwahrnehmung und der Verantwortungsklarheit[77]. Insofern kommt eine einfachgesetzliche Erweiterung des Aufgabenspektrums der Gemeinden über Art. 28 Abs. 2 GG hinausgehend zwar in Betracht: Einerseits bedarf dies aber zwingend einer gesetzlichen Grundlage, andererseits sind mit solchen Erweiterungen rechtliche Aspekte verbunden, die bisher nicht abschließend geklärt erscheinen (und auch an dieser Stelle nur zur Diskussion gestellt werden können). Wenn sich die Erweiterungsbefugnis des Gesetzgebers mit der seit jeher anerkannten Befugnis zur Übertragung staatlicher (d. h. nichtörtlicher) Aufgaben an die Kommunen vergleichen lässt[78], stellt sich bspw. die Frage nach der Rechtsnatur der Aufgaben. Die Annahme, es handele sich »in der Sache […] bei […] erweiterten Klausel(n) zugunsten der überörtlichen Wirtschaftsbetätigung nicht um eine Aufgaben- und Kompetenzerweiterungsnorm, […] sondern es [werde] lediglich ein bestimmter Modus der Aufgabenerfüllung … ermöglicht«[79], verkennt, dass nicht ausschließlich die Art und Weise reglementiert werden, sondern auch die inhaltliche Aufgabenebene betroffen ist. Von einer gesetzlichen Definition der »Örtlichkeit« auszugehen[80], bietet nur eine begriffliche Lösung und steht im Widerspruch zum Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage der überörtlichen Betätigung. Der Gesetzgeber sollte daher – vor allem, wenn überörtliche Betätigung in größerem Umfang als bisher zugelassen wird – ggf. weitere Mechanismen zur Sicherung der demokratischen Legitimation der Aufgabenerfüllung ergreifen (bspw. durch gegenüber den originären Selbstverwaltungsaufgaben abweichende Aufsichtsrechte, Zustimmungserfordernisse der anderen Rechtsträger, in deren Hoheitsgebiet eine Gemeinde tätig wird,[81] o. Ä.).

### VII. Fazit: Verfassungsrechtlicher Rahmen ermöglicht differenziertes Vorgehen

Die Analyse hat ergeben, dass mangels strikter verfassungsrechtlicher Vorgaben vor allem die Subsidiaritätsklausel (und deren konkrete Ausgestaltung) sowie die Zulassung überörtlicher Betätigung durch den einfachen Gesetzgeber rechtspolitischen Gestaltungsspielraum bieten. Dabei sollte auf generelle Freistellungen – sei es von der öffentlichen Zwecksetzung, sei es von der Geltung der Subsidiaritätsklausel – verzichtet werden. Vielmehr empfiehlt es sich, diese differenziert auszugestalten, sodass es bspw. auch ein zielführendes Vorgehen sein kann, auf der einen Seite die Grenzen der Betätigung im Bereich der Daseinsvorsorge abzusenken (gesetzliche Festschreibung des öffentlichen Zwecks, Entschärfung der Subsidiaritätsklausel), während man diese zugleich für die »allgemeine wirtschaftliche Betätigung« verschärft (»dringender öffentlicher Zweck« und qualifizierte Subsidiaritätsklausel).

Im Interesse der Rechtssicherheit sollten zudem Teilaspekte der wirtschaftlichen Betätigung, die auch in einem solchen Rechtsrahmen schwierig zu beurteilen sind, einer expliziten Regelung zugeführt werden: dies gilt bspw. für sog. Nebengeschäfte der wirtschaftlichen Betätigung in Bereichen kommunaler Daseinsvorsorge, aber auch für die überörtliche Betätigung. Hinsichtlich der Nebengeschäfte gilt, dass diese – auch überörtlich – gerechtfertigt sind, soweit ihnen eine auf das Gemeinwohl der eigenen Einwohner gerichtete Haupttätigkeit zugrunde liegt, sie diese nicht beeinträchtigen und ihr gegenüber auf einen untergeordneten Stellenwert beschränkt bleiben[82]. Insbesondere die Ausnutzung von Leerkapazitäten kann angesichts des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sogar geboten sein[83]. Für die überörtliche Tätigkeit sollte es zwar bei deren grundsätzlicher Zulassung durch den einfachen Gesetzgeber bleiben – fraglich ist aber, ob auch dieser Teilbereich in den Genuss einer Absenkung der Grenzen der Betätigung kommen kann. Bei einigen Aktivitäten kommunaler Energieversorger in der Vergangenheit drängt sich die Gemeinwohlorientierung, noch dazu die Orientierung am Gemeinwohl der Gemeindeeinwohner, nicht unmittelbar auf, sodass auch eine gesetzliche Festlegung der öffentlichen Zwecksetzung zwischen originärer Versorgung der Gemeindeeinwohner und sonstigen – primär fiskalisch motivierten Aktivitäten – differenzieren sollte. Angesichts der zum Teil geäußerten Bedenken gegenüber der Zuordnung der Energieerzeugung zur kommunalen Daseinsvorsorge, erscheint es schließlich denkbar, auch dies gesetzlich klarzustellen: Zumindest der Betrieb von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie – gerade mit der Zielsetzung, den regionalen oder lokalen Energiebedarf bei einer zunehmend dezentralen und regenerativen Energieerzeugung und den damit verbundenen Veränderungen im Energiesektor zu sichern – dürfte der kommunalen Daseinsvorsorge zugehörig sein.

---

72 Vgl. Burgi (Fn. 32), § 17 Rn. 46.
73 Pielow (Fn. 4), § 54 Rn. 23.
74 So die Formulierung in § 68 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KV M-V.
75 So bspw. in § 101 Abs. 1 Nr. 3 GO SH.
76 Nierhaus (Fn. 36), § 40 Rn. 34.
77 Vgl. Trute, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 83 Rn. 33.
78 Burgi (Fn. 57), S. 82.
79 Burgi (Fn. 57), S. 83.
80 In diese Richtung Burgi (Fn. 57), S. 83.
81 Dazu ausführlich Brosius-Gersdorf, AöR 130 (2005), 392 (429 ff.); dagegen Burgi (Fn. 61), S. 88 f.
82 Nierhaus (Fn. 36), § 40 Rn. 43; Jarass, DVBl. 2006, 1 (8).
83 Oebbecke, in Mann/Püttner (Fn. 4), § 41 Rn. 19; vgl. zum Ganzen auch die Formulierung in § 91 Abs. 5 BbgKVerf.

# Fachtagung „Gemeindewirtschaftsrecht in Schleswig-Holstein*

Rainer Bock, IHK zu Kiel

Meine sehr geehrten Damen und Herren,
jetzt also das Grußwort 6 von 7: Die IHK. Das eine oder andere Stichwort ist schon gefallen. Das ist an Position 6 unvermeidlich. Und leider ist ein „Grußwort" ja kein Synonym für „Aufreger". Die Konzentration der Inhaltsstoffe soll beim Grußwort deutlich geringer sein als beim Impulsreferat. Aber ein gewisses Spannungselement entsteht ja immerhin daraus, wer denn kein Grußwort spricht. Und da fällt doch auf, dass u. a. der ungefilterte volkswirtschaftliche Sachverstand, dessen Elend es allerdings ist, politisch ungeliebt zu sein, hier nicht zu Wort kommt.

Meine Damen und Herren,
wer erwartet hat, dass die IHK hier jetzt die reine Ordnungspolitik propagiert, wird enttäuscht. Unser Leitbild ist zweifellos, dass die Gebietskörperschaften die Gewährleistungsverantwortung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben haben – nicht mehr und nicht weniger. Aber das formuliere ich nicht als abstraktes Prinzip. Uns geht es um die Wirkungen für die Breite der gewerblichen Wirtschaft daraus. Sie braucht im Energiebereich dreierlei: Zuverlässigkeit der Belieferung, technische Sicherheit der Produkte und günstige Preise. Deshalb ist mehr Wettbewerb auf den Energiemärkten wichtig. Wettbewerb sichert günstige Preise und Innovation. Insoweit ist die Erhöhung der Zahl von „Playern" in jedem Falle zu begrüßen.
Vor diesem Hintergrund, meine Damen und Herren, sechs Bemerkungen zur aktuellen Diskussion:

1.
Die Zeit grundlegender ordnungspolitischer Debatten ist vorbei. Die Argumente sind ausgetauscht. Welches System das bessere ist, „öffentlich" oder „privat", können und wollen die Volkswirte in der Debatte um Rekommunalisierung insbesondere im Energiebereich nicht mehr abschließend beantworten. Das verwundert nicht. Denn die Stadt- oder Gemeindewerke (dieser Begriff ist für das Marketing derzeit perfekt: er hat in den rauen, hochdynamischen Märkten geradezu etwas anheimelndes, selbst dann, wenn dahinter Stadtwerke-Konzerne mit Milliarden-Umsätzen stehen) – die Stadtwerke haben in Geschäftsführung und Management gewaltige Professionalisierungsschübe erlebt.
Eine Folge davon ist:
Die Integration in die Rahmenbedingungen auch für gewerbliche, private Wirtschaft schreitet immer weiter voran. Wir beobachten Joint-Ventures zwischen öffentlichen und privaten Energieunternehmen. Kooperationen der öffentlichen Unternehmen in den Bereichen Personalbewirtschaftung, IT, Einkauf und Qualitätssicherung existieren oder müssen kommen. Outsourcing und Auftragsvergabe der öffentlichen an die privaten Unternehmen gehören zum Tagesgeschäft – nach dem Insourcing. Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft entwickeln sich als Dienstleister für die öffentlichen Unternehmen. Personalaustausch zwischen „öffentlich" und „privat" im Management findet problemlos statt. Es ist wie bei Banken und Sparkassen: niemand Neues in den Leitungsebenen geht ein halbes Jahr in psychologische Schulung, um sich Gemeinwohlorientierung an- oder abzugewöhnen. Kurz: Der Markt ist über „saubere Trennungen" längst hinweg gegangen.

2.
Für eine leistungsfähige Energieversorgung müssen die Unternehmen eine kritische Größe überschreiten; eine im Rahmen der Energiewende erforderliche dezentrale Produktion bedeutet aber nicht, dass die Energieversorgung kleinstteilig organisiert sein muss – insbesondere nicht im Bereich der Netze. Ein „Anreiz zum Patchwork in den Netzen" (Zitat Homann, Bundesnetzagentur) wäre falsch. Kooperationen sind wie dargestellt möglich, aber nicht in jedem Falle ist die Kooperationsrendite positiv. Der Druck auf die Strukturen kommt – Konzerne, Holdings, gemeinsame Tochterunternehmen. Das „Marktdesign" ist noch lange nicht fertig.

3.
Angesichts solch absehbarer und erforderlicher neuer Strukturen ist die Frage nach qualifizierter Kontrolle durch kommunalpolitisch besetzte Gremien ein echtes Problem. Ich bin hier nicht der Wächter kommunalpolitischer Interessen und Einflüsse. Aber der „durchschnittliche Gemeindevertreter" wird nicht in der Lage sein, die Kontrolle in Gemeinde- oder Stadtwerken auszuüben, die landes- oder bundesweit in den hochkomplexen, durchregulierten Energiemärkten arbeiten. Da hilft auch kein Leitfaden, den wir den Damen und Herren an die Hand geben möchten. Die Anforderungen an die Mitglieder der Kontrollorgane müssen den Aufgabenstellungen entsprechen. Das deutet sich – wenn ich das richtig verstanden habe – auch in den Vorschlägen des VKU zu § 102, 104 GO an. Das Thema „Weisungen" ist ein besonders spannendes!

4.
Die Erwartungen an das, was kommunale Unternehmen leisten sollen und können, sind hoch – jedenfalls aus Sicht der Gemeinden, und in der politischen Debatte werden diese Erwartungen eher noch geschürt als realistisch gedämpft. Aus Sicht der Landespolitik und des Koalitionsvertrages geht es sicherlich um Finanzen, aber nicht nur. Die Points of Interest sind:
- Sanierung der gemeindlichen Budgets
- Finanzierung anderer Aufgaben (Stichwort Breitband Hohenwestedt - gut für die Unternehmen dort)
- Erhöhung des local content (Dirk Belau)
- klima- und umweltpolitische Ziele, und schließlich
- die Beschäftigungspolitik.

Meine Damen und Herren,
das letzte, was uns weiterführt, ist in diesem Zusammenhang eine Debatte darüber, ob öffentliche Unternehmen die „besseren" Unternehmen sind; hier die gleichsam wohlfahrtsorientierten Gemeinnützigen, dort die aggressiven Profitmaximierer. Diese Debatte brauchen wir nicht. Im Landtag allerdings wird sie kommen – sie ist sozusagen besonders politikgeeignet.
Meine Perspektive ist nüchterner: anspruchsvolle soziale, ökologische, beschäftigungspolitische Ziele kosten in der Umsetzung Geld. Das ist eine Grenzkostenproblematik. Der Markt unterliegt ganz unterschiedlichen Einflüssen. Wenn er z. B. Nachhaltigkeit in besonderem Maße honoriert – bestens. Wenn ein Unternehmen aber nicht-produktive Arbeitsplätze vorhält, führt das zu einer Ressourcenbindung in unproduktiven Bereichen. Das wirkt sich in den Preisen aus, die am Markt durchgesetzt werden müssen. Wenn die Bürgerinnen und Bürger das akzeptieren – ok. Für die Unternehmen ist es schwieriger – wegen des Wettbewerbs, in dem sie stehen. Deshalb wäre uns statt Querfinanzierung oder Gewinnausschüttung an die Gemeinde die Reform der Gewerbesteuer hin zu einer echten Gemeindesteuer lieber – aber das ist nun wirklich ein eigenes Thema.
Die Möglichkeiten steuerlicher Gestaltung wahrzunehmen ist legitim – den Möglichkeiten der „Quersubventionierung" sind

* Grußwort anläßlich der Fachtagung „Gemeindewirtschaftsrecht in Schleswig-Holstein" am 29.04.13 in Kiel

marktbedingt Grenzen gesetzt. Die Preistransparenz nimmt zu, und je weiter öffentliche Unternehmen in „fremde Gebiete“ expandieren, desto weniger werden die Kunden für soziale, ökologische und beschäftigungspolitische Ziele höhere Preise zu zahlen bereit sein, die ganz woanders eintreten sollen.

5.
Die gewerbliche Wirtschaft hat kein nachhaltiges Interesse an Insolvenzen. Wenn es aber sein muss, ist das ein geordnetes Verfahren. Im Zusammenhang mit der Angemessenheit des wirtschaftlichen Risikos für die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde wird gern darauf verwiesen, dass die Haftung der gemeindlichen GmbH ja auf ihr Vermögen beschränkt sei. In der Kurzfassung: Mit der Rechtsform der GmbH oder Aktiengesellschaft ist das Angemessenheits-Problem erledigt. Eine solche Argumentation ist apolitisch und lebensfremd. Sie verkennt den gewaltigen Druck, der im Krisenfall auf den Gemeinden lastet und der selbstverständlich auch parteipolitisch transportiert wird – je nach Besetzung der Aufsichtsgremien. Besonders groß wird der Druck, wenn Bürger unmittelbar in die Unternehmensfinanzierung mit eingestiegen sind und selbstverständlich – unabhängig von jeder noch so konkreten vertraglichen Absprache - von der Risikolosigkeit ihrer Einlage ausgehen.
Wenn den öffentlichen Unternehmen unbeschränkter Marktzutritt bundes- und europa- (eigentlich ja: weltweit) eröffnet wird, koppelt sich die gemeindliche Sphäre ab. Das ist unter Aspekten gleicher Wettbewerbsbedingungen zu Unternehmen der privaten Wirtschaft eigentlich positiv. Die Gemeinden werden dann aufpassen müssen, dass sie eine andere Rolle als nur die der Anteilseigner und Namensgeber behalten. Der gewerblichen Wirtschaft ist das allerdings ziemlich egal.

6.
Angesichts der diskutierten Öffnung der wirtschaftlichen Betätigungsfelder für die Gemeinden ist die Frage der Unternehmensfinanzierung unter Wettbewerbsgesichtspunkten von Bedeutung. Dort hat sich die Situation entspannt. Die Kommunalaufsicht achtet darauf, dass Bürgschaften und Sicherheiten als Eventualposition im Anhang der gemeindlichen Bilanzen die Leistungsfähigkeit der Gemeinden nicht übersteigen. Das ist wichtig. Banken und Sparkassen reagieren auch nicht mehr auf Zuruf, die erforderliche Eigenkapitalunterlegung und die Ratingvorschriften führen tendenziell zu gleichen Wettbewerbsbedingungen. Ich will nicht behaupten, dass dieser Prozess schon abgeschlossen ist, aber er läuft.

Meine sehr geehrten Damen und Herren,
soweit. Das mag Ihnen alles sehr nüchtern vorgekommen sein. Die Begriffe „öffentlicher Zweck“ und „Subsidiarität“ kamen nicht einmal vor. Aber das Gemeindewirtschaftsrecht in Schleswig-Holstein war aus Sicht der privaten Wirtschaft – mangels drittschützender Wirkung – nie sehr operabel. Und wir stehen ja auch nicht vor einem grundlegenden Systemwechsel. Nach Zeitungsberichten 2010 sind die Stadtwerke Barmstedt mit Stromlieferung in Lüneburg und die Stadtwerke Elmshorn mit Gaslieferungen in Leipzig aktiv. Was bleibt, ist die Hoffnung auf Wettbewerb auf den Energiemärkten zu gleichen Konditionen für alle. Das ist die Leitlinie, mit der wir uns in die Debatte im Landtag einbringen werden. Diese Debatte ist für die Gemeinden wichtiger als für die gewerbliche Wirtschaft. Und sie wird kein Festival der rosigen, unbeschwerten Zukunft.

Meine sehr geehrten Damen und Herren,
vielleicht war mein Grußwort doch eher etwas näher am Impulsreferat. Jedenfalls schließe ich es, wie es sich für ein Grußwort gehört: Ich wünsche der Veranstaltungen einen guten Verlauf.

# Kommunalwirtschaft stärken! - Erwartungen der Stadt- und Gemeindewerke an das Gemeindewirtschaftsrecht*

Detlef Palm, Geschäftsführer des Verbands kommunaler Unternehmen, Landesgruppe Nord

Sehr geehrter Herr Innenminister,
meine sehr geehrten Damen und Herren!

Ein Grußwort ist kein Festvortrag, auch kein Fachvortrag, darum will ich die vorgegebene Zeit von maximal 10 Minuten pro Grußwort versuchen zu unterschreiten und hier nur die wichtigsten Eckpunkte benennen. Wir bedanken uns als VKU gemeinsam mit unserem Partnerverband VSHEW, der nachher an der Podiumsdiskussion teilnehmen wird, für die Einbeziehung und Einladung in diese Projektgruppe.
Als Verbände der kommunalen Wirtschaft vertreten VKU und VSHEW in Schleswig-Holstein ca. 70 kommunale Unternehmen, im Wesentlichen die Stadt und Gemeindewerke in unserem Bundesland. Solche Unternehmen verzeichnen wir nicht nur in den vier großen, kreisfreien Städten, sondern auch alle Mittelstädte und viele kleinere Städte haben ihre eigenen Stadtwerke. Und mindestens 10 Unternehmen im Lande tragen sogar die Bezeichnung Gemeindewerk in ihrem Namen, d. h. auch ganz Kleine „können“ Energieversorgung. Sie wirtschaften oft seit Jahrzehnten erfolgreich und sind großen Regionalversorgern in puncto Bürgernähe, Verankerung und Service vor Ort, faire Preise, dezentrale Produktion und Versorgung usw. ein ganzes Stück voraus.
In den letzten Jahren verzeichnen wir in Schleswig-Holstein einen umfangreichen Prozess der Rekommunalisierung mit einer ganzen Reihe von Neugründungen kommunaler Unternehmen, vor allem auch mit Konzessionswechseln durch viele Gemeinden hin zu benachbarten Stadtwerken. Dieser Entwicklung, die eine landesweite Stärkung der Kommunalwirtschaft bedeutet, muss das Gemeindewirtschaftsrecht noch stärker Rechnung tragen als bisher. Zwar werden von Politik und Verwaltung des Landes manche strukturelle Schritte ermöglicht und toleriert, aber besser wäre deren explizit im Gesetz verankerte Zulässigkeit. Einige aktuell wichtige Veränderungen gibt die Gesetzeslage derzeit auch noch gar nicht her. An entsprechenden Anpassungen wollen wir gern gemeinsam arbeiten.
Als Verbände haben VKU und VSHEW einen fertigen Gesetzentwurf vorgelegt. Also könnten wir die Arbeit in der Projektgruppe gleich wieder einstellen, und die Landesregierung übernimmt unseren Entwurf… Scherz beiseite: so ein gewichtiges Vorhaben soll und will selbstverständlich ausführlich diskutiert und mit anderen Akteuren abgestimmt sein.
Lassen Sie mich daher auch gleich ein Wort an meine Nachredner von IHK und Handwerkskammer richten: Ich hoffe und bin mir relativ sicher, dass auch wir gemeinsame Positionen miteinander entwickeln und am Ende als Ergebnisse werden tragen können. Stadt- und Gemeindewerke sind besser mit dem örtlichen Handwerk verbunden und erteilen

* Grußwort zur Auftaktveranstaltung der Projektgruppe des Innenministeriums zum Gemeindewirtschaftsrecht am 29. April 2013 in Kiel

dort nachweislich mehr Aufträge als unsere großen Mitbewerber. Und auch aus Arbeitnehmersicht muss sich niemand vor einer Rekommunalisierung Sorgen machen – im Gegenteil: der Arbeitsplatz bei einem Stadt- oder Gemeindewerk ist auf Dauer sicherer als bei den Großen dieser Welt.

Wir stehen als kommunale Unternehmen zu Wettbewerb und sozialer Marktwirtschaft. Wir wollen nur in eben diesem Wettbewerb möglichst wenig durch Mechanismen und Regeln behindert werden, die die Privatwirtschaft gar nicht kennt, und die sie nicht zu berücksichtigen braucht. Wir wollen uns als kommunale Unternehmen auch nicht in wesensfremden Sparten betätigen und gar Tischler, Friseure oder Gastronomen werden. Aber Strom, Wasser, Gas, die Gebiete der sogenannten Daseinsvorsorge, gehören aus vielen guten Gründen – zumindest mehrheitlich – in öffentliche Hand!

Oft genug haben wir erlebt, was bei Privatisierung auf diesem Sektor geschieht: Beim Thema Wasser in Frankreich, bei der Bahn in England oder bei Strom und Gas auch bei uns: Nach einer kurzen Anfangseuphorie sind die Preise nicht etwa gesunken, die Qualität hat sich nicht verbessert und der Service schon gar nicht. Zur Zeit kämpfen wir gerade im Landtag, übrigens gemeinsam mit allen Fraktionen, gegen den Entwurf der neuen EU-Dienstleistungsrichtlinie, die insbesondere unser bewährtes und hochqualitatives System der öffentlichen Wasserversorgung zumindest in Frage stellt, wenn nicht gefährdet.

Wir sind auch sehr erstaunt und verärgert darüber, wie der frühere kommunale Partner Schleswag heutzutage als E.ON Hanse AG oder SH Netz AG schon lange nicht mehr überall partnerschaftlich agiert, sondern z. B. vielerorts kommunal längst beschlossene Netzübernahmen nicht vollzieht, sondern die Übergabe einfach aussitzt. Das ist gelinde gesagt nicht nachvollziehbar, auch unternehmenspolitisch unklug, und wir warten gespannt auf die Umsetzung der Ankündigung aus der Koalitionsvereinbarung durch die Landesregierung, man werde uns kommunale Unternehmen bei der Übernahme von Netzen in öffentliche Hand unterstützen.

Zurück zum Thema Kommunalverfassung und Gemeindewirtschaftsrecht

Was schlagen wir vor?

1. Der Bereich der Daseinsvorsorge, also der Ver- und Entsorgung mit Strom, Wasser, Gas u.a., sollte generell als Aufgabe definiert werden, für die ein öffentliches Interesse vorliegt, so dass dieses nicht jedes Mal erneut zu prüfen und festzustellen ist.
2. Gebietsgrenzen bei denen jeweils Prüfungen, Anzeigen oder Genehmigungen erforderlich sind, sollten in eine aus unserer Sicht logischere Systematik eingeteilt werden:
   a) Betätigung innerhalb des Gemeindegebiets,
   b) bundesweite Betätigungen
   c) Betätigungen außerhalb des Bundesgebiets.
3. Bezüglich der kommunalaufsichtsrechtlichen Zuständigkeiten für den Energiesektor schlagen wir eine Bündelung beim Land vor. Es ist nicht erforderlich und auch schwer leistbar, dass wir entsprechenden energierechtlichen und energiewirtschaftlichen Sachverstand in 11 Kreisen vorhalten. Daher schlagen wir vor, diesen Sachversand beim Land zu konzentrieren und die Kreise an dieser Stelle zu entlasten.

Zur Rolle der Kreise in Sachen Energiepolitik in unserem Lande wäre ohnehin noch einiges kritisch anzumerken, aber wir wollen ja heute eine harmonische Veranstaltung bleiben, daher verzichte ich an dieser Stelle auf weitere Ausführungen.

Für eine neue Kommunalverfassung mit erweiterten gemeindewirtschaftlichen Regelungen gibt es Beispiele aus Nordrhein-Westfalen, z. T. aus Mecklenburg-Vorpommern und einigen anderen Ländern. Lassen Sie uns deren Regelwerk daraufhin durchschauen, was wir übernehmen können, was wir aber auch selbst noch viel besser formulieren und gestalten können.

Meine Damen und Herren,
ich habe in aller Kürze dargelegt, was wir vorschlagen. Was wünschen wir uns nun:

- In dieser Legislaturperiode einen mutigen, sichtbaren und spürbaren Schritt in Sachen erweiterter kommunaler Betätigungsmöglichkeiten auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge, ein modernisiertes Gemeindewirtschaftsrecht insbesondere für eine dezentrale Energieversorgung und für das Gelingen der Energiewende.

Politisch könnte man hinzufügen: wenn nicht in dieser Koalition, wann dann?

- Wir wünschen uns weniger eine Kommunalaufsicht, sondern mehr eine Kommunalberatung, eine Kommunalförderung (vielleicht sogar einmal bis in die Bezeichnung der Abteilung hinein)

Um nicht missverstanden zu werden: Natürlich muss ein Land auch etwas überprüfen können, was Kommunen sich so vorstellen, z. B. Aktienerwerbe in privaten Unternehmen oder sogar aufwachsende Anteile in mehrheitlich privaten Unternehmen.

Aber noch stärker wünschen wir uns gemeinsame Überlegungen mit dem Land und seiner derzeit noch Kommunalaufsicht heißenden Abteilung nach dem Motto:

- Was könnten wir noch an kommunalwirtschaftlichem Engagement befördern, entwickeln, unterstützen?
- Wo ermutigen wir aktiv zu energiepolitischem Engagement? Welche Kommunen haben noch kein Stadt- oder Gemeindewerk? Warum nicht? Wo können wir dazu ermutigen?
- Welche Kommune oder welches Stadtwerk ist noch nicht an der Windpark- oder Breitbandgesellschaft beteiligt? Warum nicht? Welche Anreize und Erleichterungen oder gar „positiven Auflagen" können wir schaffen?
- Welches Modell können wir – Kommunalaufsicht- noch entwerfen und entwickeln für kommunale Einstiege und Unternehmenserweiterungen, zum Beispiel in einer Landesnetzgesellschaft?

Lassen Sie uns gemeinsam einen solchen Geist des Entwickelns, des Gründens und des Verbreiterns kommunaler wirtschaftlicher Betätigung entwickeln, statt im Prüfen, Überprüfen und Genehmigen zu verharren.

Wir sind gespannt auf Ihre Vorschläge, wir haben einige eingebracht und freuen uns auf die Diskussion und die weitere gute Zusammenarbeit. Auf anderem Gebiet haben wir schon einmal den Aufruf formuliert: Schleswig-Holstein kann es (noch) besser!

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

# Das Infrastruktur-Kompetenzzentrum der Investitionsbank Schleswig-Holstein

Dr. Joachim Keck und Patrick Woletz, Infrastruktur-Kompetenzzentrum der IB.SH

Seit 2004 führt die IB.SH als Förderbank im Auftrag des Landes Schleswig-Holstein ein Kompetenzzentrum für Öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP). Seit Beginn ist das Kompetenzzentrum darauf ausgerichtet, vor allem durch praktische Unterstützung dem Land, den Kreisen und den Kommunen in Schleswig-Holstein zur Seite zu stehen. Seit 2012 führt die Einrichtung die Bezeichnung Infrastruktur-Kompetenzzentrum und hat ihr Aufgabenspektrum weiter gefasst.

Im Fokus stehen die Förderung von Ausbau, Erhaltung und Finanzierung öffent-

licher Infrastruktur. Der Begriff der öffentlichen Infrastruktur umfasst die Bereiche Soziales (Bildung, Sport, Sicherheit und Verwaltung), Verkehr (Straßen, Schienen, Wasserwege, Häfen und ÖPNV) sowie Ver- und Entsorgung (Kommunikation, Abwasser, Energie). Alle Angebote der IB.SH in den Bereichen Beratung, Fördermittel und Finanzierung werden dabei auf den jeweiligen Projektzweck fokussiert und ihre Einsetzbarkeit geprüft. Dies umfasst auch Fördermöglichkeiten des Bundes und der EU.
Das Aufgabenspektrum reicht von der Initialberatung über die Erstellung von Eignungstests, Machbarkeitsstudien, Standort- und Variantenvergleichen, die Prüfung der Wirtschaftlichkeit bis zur Begleitung von Ausschreibungsverfahren. ÖPP kann dabei eine Beschaffungsvariante sein und wird auf ihre Wirtschaftlichkeit hin geprüft. Daneben ist eine solide und kostengünstige Finanzierung öffentlicher Infrastrukturvorhaben ein wichtiges Anliegen der IB.SH. Ziel ist es, die bestmögliche Lösung für die Realisierung eines Infrastrukturvorhabens zu finden und damit zur nachhaltigen Entwicklung der Infrastruktur im Land beizutragen.

In der nachstehenden Tabelle sind einige ausgewählte Infrastrukturvorhaben aufgeführt, die die IB.SH begleitet hat:

Im folgenden Text wird exemplarisch dargestellt, wie eine Projektbegleitung durch die IB.SH ablaufen kann. Ferner wird über einige ausgewählte aktuelle Entwicklungen insbesondere zum Thema ÖPP-Projekte berichtet.

**Ablauf einer Untersuchung durch das Infrastruktur-Kompetenzzentrum**

Was ist eine Eignungsabschätzung?
Die Eignungsabschätzung ist der eigentlichen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung vorgeschaltet. Es wird geprüft, welche Wege man bei der Realisierung eines Projektes gehen kann (z.B. eine ÖPP-Variante oder andere Geschäftsmodelle). Ziel ist es, möglichst frühzeitig mögliche Hemmnisse bei der Umsetzung zu identifizieren und zu bewerten. Es sollte daher idealerweise schon in diesem frühen Stadium mit dem Infrastruktur-Kompetenzzentrum der Kontakt gesucht werden. Da Infrastrukturprojekte in der Regel einen hohen Investitions- und Kapitalbedarf mit sich bringen und damit eine hohe Bindungswirkung entfalten können, sollte eine Eignungsabschätzung immer Teil der Vorbereitung eines solchen Vorhabens sein.
Es werden insbesondere die folgenden Aspekte eines Projektes analysiert und geprüft:
- Welchen Bedarf gibt es für das Projekt? Ist bereits eine Bedarfsfeststellung erfolgt oder steht diese noch aus? Ist der Bedarf wirklich langfristig (über 20 bis 30 Jahre) gegeben?
- Gibt es bereits politische Beschlüsse? Wird das Projekt mehrheitlich unterstützt oder fehlen noch einige grundlegende Entscheidungen?
- Gibt es rechtliche Restriktionen oder vertragliche Bindungen, die zu beachten sind? Gibt es z.B. bei Altgebäuden förderrechtliche Zweckbindungen, die noch laufen oder Denkmalschutzauflagen? Gibt es noch Dienstleistungsverträge (z.B. Reinigungsdienste), die noch zu kündigen sind?
- Wie hoch ist das Investitionsvolumen? Gibt es hierzu erste Schätzungen oder Vorplanungen?
- Ist eine möglichst energieeffiziente Realisierung umsetzbar?
- Welche Dienstleistungen können/sollen selbst durchgeführt werden, welche werden an Externe übertragen? Gibt es hierfür Angebote vom Markt? Welche Erfahrungswerte liegen hier vor?
- Ist die Finanzierung gesichert und wie könnte die Finanzierung konkret gestaltet werden? Gibt es Fördermittel, wie ist die generelle Haushaltssituation der Kommune?
- Welche Projektrisiken existieren? Müssen diese selbst übernommen werden oder können diese im Rahmen der Ausschreibung auf Externe übertragen werden?
- Welcher Effizienzvorteil einer Lösungsvariante könnte in einer vertiefenden Untersuchung zu erwarten sein?
- Wie ist der Zeitplan bzw. der einzuhaltende zeitliche Rahmen? Ist dieser ausreichend flexibel oder gibt es extern vorgegebene unbedingt einzuhaltende Vorgaben?

Mit dieser Voruntersuchung werden die wesentlichen Aspekte eines Projektes erfasst und bewertet ohne bereits zu weitgehende Vorfestlegungen zu treffen. Ferner wird aufgezeigt, wo noch zu lösende Probleme auftreten können und es werden erste Vorüberlegungen angestellt, wie die Lösung aussehen könnte. Kann oder will man hier bestimmte Wege nicht gehen, sollte auch generell über die Realisierbarkeit entschieden werden. Der bis hierhin getriebene Aufwand ermöglicht auf jeden Fall auch noch einen Ausstieg aus einem solchen Vorhaben.

Was ist eine (vorläufige) Wirtschaftlichkeitsuntersuchung?
Hat der Eignungstest keine wesentlichen Hürden aufgezeigt und ergeben, dass mit einer effizienten Umsetzung (z.B. einer ÖPP-Realisierung) zu rechnen ist, kann mit einer vertiefenden Analyse der Wirtschaftlichkeit verschiedener Realisie-

**Ausgewählte Projekte des Infrastruktur-Kompetenzzentrums der IB.SH**

**Hochbau**
- Neubau Kinderzentrum (Grundschule mit Sporthalle, Aula, Cafeteria, sowie Kindertagesstätte mit angeschlossener Krippe) Wentorf, Investitionsvolumen 14 Mio. Euro, Inhabermodell, Eigenfinanzierung der Gemeinde
- Neubau Grund- und Gemeinschaftsschule Halstenbek, Inhabermodell, Investitionsvolumen 13 Mio. Euro, Forfaitierung mit Einredeverzicht
- Neubau Gymnasium Schwarzenbek, Investitionsvolumen 20 Mio. Euro, Inhabermodell, Projektfinanzierung
- Neubau Inselschule Burg auf Fehmarn, Investitionsvolumen 12 Mio. Euro, Inhabermodell, Forfaitierung mit Einredeverzicht
- Erweiterungsbau Universität Flensburg, Investitionsvolumen 11 Mio. Euro, Inhabermodell, Forfaitierung mit Einredeverzicht
- Neubau Mehrzweckhalle Mölln, Investitionsvolumen 30 Mio. Euro, Inhabermodell, Forfaitierung mit Einredeverzicht

**Verkehr**
- A-Modell BAB A7 in Schleswig-Holstein, sechsstreifiger Autobahnausbau 60 km, Verfügbarkeitsmodell mit Projektfinanzierung (derzeit in der Ausschreibung)
- Eignungsabschätzung mit Prüfung verschiedener Modellformen der westlichen Elbquerung im Zuge der BAB A20

- Landesstraße L 192 in Schleswig-Holstein, 30 km grundhafte Erneuerung und langfristige Instandhaltung, Investitionsvolumen 10 Mio. Euro, Forfaitierung mit Einredeverzicht
- Voruntersuchung und Wirtschaftlichkeitsvergleich ÖPP-Modell für die Einführung einer Stadt- und Regionalbahn in Kiel

**Kommunikation**
- Eignungsabschätzung und Erstellung einer vorläufigen Geschäftsplanung für den Aufbau einer Glasfaserkabelversorgung der Stadtwerke Flensburg
- Eignungsabschätzung und Erstellung einer vorläufigen Geschäftsplanung für den Aufbau einer Glasfaserkabelversorgung der Ämter Lütjenburg und Selent/Schlesen

rungsvarianten begonnen werden. In der Regel ist dies bei einem ÖPP-Vorhaben der Vergleich einer konventionellen losweisen Ausschreibung der Planung und des Baus (bei Übernahme von Betrieb, Instand-haltung und Finanzierung durch den Bauherrn) mit der funktionalen Ausschreibung von Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung aus einer Hand durch einen externen privaten Partner.
Während im Eignungstest ein hoher Anteil auf die qualitative Beurteilung eines Projektes ausgerichtet ist, so wird in einer vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung der Fokus auf die quantitativen Größen gelegt. Unter Darlegung der Berechnungsgrundlagen und –methodik werden die Gesamtkosten jeder Durchführungsvariante ermittelt und miteinander verglichen. Für die gesamte Laufzeit (sprich Lebensdauer) eines Projektes werden sämtliche Kostenkomponenten auf Basis einer abgestimmten Vorplanung zusammen mit der Kommune bestimmt, ermittelt und transparent dargelegt. Die Kommune kennt dann für alle geprüften Varianten die voraussichtlich zu erwartende Haushaltsbelastung, die sich aus der Realisierung des Projekts ergibt.

Bewertet werden auch die Effekte, die aus der Verlagerung von Risiken (z.B. der Instandhaltung) auf den externen Partner resultieren können. Der sich ergebende vorläufige Wirtschaftlichkeitsvorteil ist eine maßgebliche Entscheidungsgrundlage dafür, welche Realisierungsvariante in der Ausschreibung zugrunde gelegt wird. Die Festlegungen im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsberechnung über die Struktur des Projekts, wie z.B. Bestandteile der Gebäudebewirtschaftung, Ausgestaltung der Finanzierung und Sicherheitenkonzept, sind dann auch maßgeblich für den Inhalt der zu erstellenden Vergabeunterlagen. In der Regel schließt sich bei diesen komplexen Projekten ein Verhandlungsverfahren an, in dem bestimmte Ausgestaltungen des Projektes und der Verträge mit den Bietern zusammen weiter optimiert und konkretisiert werden. Bei Vorliegen der endgültigen Ausschreibungsergebnisse wird das Ergebnis der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung unter Verwendung der dann ermittelten Kosten und Preise überprüft. Erweist sich das Ausschreibungsergebnis als wirtschaftlich im Sinne des Haushaltsrechts, kann der Auftrag vergeben werden.

**Aktuelle Entwicklungen**

1. Das „bayrische“ Modell
Mit dem Aufkommen der Idee, alternative Konzepte bei der Realisierung von großen Infrastrukturprojekten einzusetzen, war die Vorstellung verbunden, dass der ex-terne Partner möglichst viel der damit verbundenen Tätigkeiten – Planen, Bauen, Finanzieren, Betreiben – über die gesamte Lebensdauer des Projektes aus einer Hand übernimmt. Denn aus der umfänglichen Verantwortung erwächst eine entsprechende Pflichtenanspannung und Anreizwirkung zur lebenszyklusoptimierten Projektplanung und -realisierung. Finanziert werden diese Projekte mehrheitlich über den Einredefreien Verkauf der gestundeten Werklohnforderungen des externen Partners gegen die öffentliche Hand an die finanzierende Bank. Dadurch kann der Kredit vollständig auf die Bonität des öffentlichen Partners abgestellt werden um günstige kommunalnahe Finanzierungskonditionen darstellen zu können. Kommunen verbuchen dann in ihrem Haushalt ein kreditähnliches Rechtsgeschäft, da die Leistungsraten, die Zins- und Tilgung umfassten, in jedem Fall (d.h. auch bei Leistungsstörungen im Betrieb oder Kündigung des Betreibervertrages) zu zahlen sind. Das kreditähnliche Rechtsgeschäft bedarf der Zustimmung der zuständigen Aufsichtsbehörde.

Im kommunalen Bereich entwickelte sich insbesondere in Bayern die Variante, die nur Planung, Bau und Betrieb dem privaten Partner überträgt, während die Endfinanzierung durch die Kommune selbst erfolgt. Die Kommune bezahlt mit Fertigstellung und Abnahme des Objekts vollständig den Baupreis. Der Betreiber bleibt aber nach wie vor im Auftrag der Kommune der private Partner.

Die IB.SH hat dieses Modell erstmalig mit der Gemeinde Wentorf (s. Tabelle) umgesetzt und die Erfahrungen waren durchaus positiv. Ein weiteres Projekt befindet sich derzeit in der Ausschreibungsphase, bei dem zumindest die Option enthalten ist, die Endfinanzierung durch die Kommune selbst darzustellen. Das Modell zeigt keine Nachteile gegenüber einer privaten Finanzierung mit Einredefreier Forfaitierung. Der Wettbewerb wird für alle Beteiligten vereinfacht und für den öffentlichen Partner besteht eine höhere Flexibilität. Auch Einschätzungen von der Marktseite sind positiv und lassen diese Variante als durchaus bedenkenswert erscheinen.

2. Der Bericht der Rechnungshöfe
Im September 2011 haben die Rechnungshöfe des Bundes und der Länder einen gemeinsamen Erfahrungsbericht zur Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Projekten[1] herausgegeben. In dem Bericht haben die Rechnungshöfe der Länder ihre Ergebnisse von geprüften ÖPP-Projekten zusammengefasst. Der Bericht soll kein Leitfaden für ÖPP sein, sondern eine Hilfestellung mit Hinweisen, die bei der Entwicklung und Umsetzung von entsprechenden Projekten beachtet werden sollten. Grundlage für die Aussagen des Berichts sind 30 geprüfte ÖPP-Projekte mit einem Gesamtprojektvolumen von 3,2 Mrd. Euro. Das Hauptaugenmerk lag auf den Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen. Im Rahmen einer Arbeitsgruppe von ÖPP-Kompetenzzentren der Länder wurden die Feststellungen der Rechnungshöfe mit den eigenen Erfahrungen verglichen, eingehend diskutiert und gewürdigt. Als Ergebnis haben die ÖPP-Kompetenzzentren der Länder Schleswig-Holstein, Niedersachsen, Sachsen, Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen eine gemeinsame Stellungnahme zum Bericht der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder abgegeben[2].

Die Arbeitsgruppe verweist darauf, dass der Bericht der Rechnungshöfe auf wichtige Gesichtspunkte für die Durchführung von ÖPP-Projekten hinweist und damit die öffentlichen Verwaltungen vor möglichen Fehlern und Fehleinschätzungen bewahren kann. Gleichzeitig wurde allerdings auch deutlich, dass die Experten aus den ÖPP-Kompetenzzentren der beteiligten Länder aus ihren Erfahrungen heraus nicht alle Feststellungen und Empfehlungen der Rechnungshöfe teilen.
Das Infrastruktur-Kompetenzzentrum der IB.SH wird auf dieser Basis auch weiterhin mit möglichst vielen Beteiligten einen konstruktiven Dialog führen mit dem Ziel, die Instrumente und Methoden zur wirtschaftlichen und nachhaltigen Realisierung von Projekten im Interesse der Kreise und Kommunen in Schleswig-Holstein kontinuierlich zu verbessern.

---

[1] Der Bericht kann auf der Internetseite des Landesrechnungshofs Schleswig-Holstein unter der Rubrik „Veröffentlichungen/Allg. Informationen“ eingesehen werden.

[2] Die gesamte Stellungnahme einschließlich Anlage kann auf der neu gestalteten Internetseite der IB.SH unter der Rubrik „Kommunen & Infrastruktur / Öffentlich-private Partnerschaften realisieren/Erstellung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen“ eingesehen werden.

**VG Koblenz: Geringere Beihilfe für Beamte bei privater Krankenversicherung nach dem Standardtarif rechtens**

Ein Beamter, der im sogenannten Standardtarif privat krankenversichert ist, kann die Gewährung von Beihilfe durch den Dienstherrn im Krankheitsfall ebenfalls nur auf der Grundlage der im Standardtarif vorgesehenen reduzierten Gebührensätze für ärztliche Leistungen beanspruchen. Dies hat das Verwaltungsgericht Koblenz mit Urteil vom 23.05.2013 entschieden (Az.: 6 K 11/13.KO).

Der Kläger, ein Landesbeamter, hatte geltend gemacht, aufgrund seiner Schwerbehinderung innerhalb der privaten Krankenversicherung auf den Standardtarif angewiesen zu sein. Dieser – beitragsgünstigere – Tarif soll insbesondere für Personen, die ansonsten durch die private Krankenversicherung aus Risikogründen nicht oder nur zu ungünstigen Konditionen versichert werden könnten, eine zumutbare Versicherungsmöglichkeit schaffen. Der Arzt erhält bei einer Abrechnung nach dem Standardtarif bei gleichwertiger medizinischer Betreuung einen geringeren Gebührensatz als im Fall eines im Normaltarif versicherten Patienten. Das rheinland-pfälzische Beihilferecht sieht hierzu vor, dass sich bei einer privaten Versicherung nach dem Standardtarif auch die Berechnung der dem Beamten vom Dienstherrn zu gewährenden Beihilfe im Krankheitsfall – vorliegend 50% der Arztkosten – nach dem reduzierten Gebührensatz richtet. Der Kläger hatte gegen einen auf dieser Grundlage ergangenen Beihilfebescheid Klage erhoben und die Verfassungswidrigkeit der Regelung gerügt. Da seine behandelnden Ärzte eine Abrechnung nach dem Standardtarif ablehnten, müsse er den Differenzbetrag zur Normalgebühr letztlich selbst tragen. Im Fall einer ernsthaften und längerfristigen Erkrankung drohe ihm deshalb der wirtschaftliche Ruin, was den Gleichbehandlungsgrundsatz und die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht verletze.

Das VG hat die Klage abgewiesen. Die beanstandete Regelung in der rheinland-pfälzischen Beihilfeverordnung sei mit höherrangigem Recht vereinbar. Der im Standardtarif versicherte Beamte habe einen Anspruch auf die qualitativ gleiche medizinische Betreuung wie ein im Normaltarif privat versicherter Beamter. Unterschiede bestünden lediglich bei der Liquidation der erbrachten ärztlichen Leistungen. Derartige Leistungen zum Standardtarif könne der Beamte auch in der Praxis erlangen. Zwar sei der Arzt grundsätzlich nicht zu einer Behandlung zum Standardtarif verpflichtet, sodass es auch nicht gewährleistet sei, dass der Beamte die von ihm gewünschte ärztliche Leistung zu diesem Tarif gerade bei dem Arzt seiner Wahl erhalten könne. Insoweit reiche es jedoch auch unter Berücksichtigung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn aus, wenn der Beamte in zumutbarer Entfernung einen zur Abrechnung nach dem Standardtarif bereiten Arzt finden könne.

Dafür, dass dies nicht der Fall sei, habe der Kläger nichts Konkretes vorgetragen, sondern sich lediglich auf die fehlende Bereitschaft der ihn derzeit behandelnden Ärzte bezogen. Auch bestünden hierfür keine anderweitigen hinreichenden Anhaltspunkte.

**Sächsisches OVG: Spenden- oder Sponsoringtätigkeit durch Wasserzweckverband unzulässig**

Das Sächsische Oberverwaltungsgericht (OVG) hat mit Beschluss festgestellt, dass ein Zweckverband mit der Aufgabe der öffentlichen Wasserversorgung seine Einnahmen nicht für die Spenden- oder Sponsoringtätigkeit verwenden darf. Der Wasserverband sei auf die Aufgaben der öffentlichen Wasserversorgung beschränkt. Imagepflege und Kundenwerbung seien wegen des bestehenden Anschluss- und Benutzungszwangs ohne Bedeutung und für die Erfüllung der Aufgaben des Verbandes nicht erforderlich. Dagegen hält das OVG Maßnahmen der Öffentlichkeitsarbeit und der Werbung, die der übertragenen Aufgabe dienen, für zulässig. Auf öffentliche Unternehmen, die mit ihrer Tätigkeit im Wettbewerb stehen, sei die Entscheidung jedoch nicht übertragbar.

Der klagende regionale Zweckverband kommunale Wasserversorgung Riesa/Großenhain wandte sich als 100-prozentiger Gesellschafter der Wasserversorgung Riesa/Großenhain GmbH gegen eine Anweisung der Landesdirektion Sachsen, mit der ihm aufgegeben wurde, sicherzustellen, dass die GmbH ihre Spenden- und Sponsorentätigkeit einstellt. Der Kläger hält ein generelles Sponsoring- und Spendenverbot für einen unzulässigen Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht nach Art. 28 II 2 GG. Denn ohne ein angemessenes Maß an Öffentlichkeitsarbeit könne er seinen Pflichten nicht nachkommen. Seine Aufgabe lasse sich nicht auf die unmittelbare Wassergewinnung sowie auf die Verteilung und Belieferung reduzieren.

Nachdem bereits die gegen die Anordnung gerichtete Klage beim Verwaltungsgericht Dresden mit Beschluss vom 3.5.2011 (Az.: 7 K 1244/10) ohne Erfolg blieb, wies das OVG Bautzen auch den Antrag auf Zulassung der Berufung ab.

Das Sächsische OVG wies den Zulassungsantrag mit Beschluss vom 13.12.2012 (Az. 4 A 437/11) mit der Begründung ab, es gehöre nicht zur (Pflicht-) Aufgabe der Wasserversorgung, Spenden zu leisten und Sponsoring zu betreiben. Der Kläger sei als Zweckverband auf die Aufgaben beschränkt, für die er gegründet wurde. Dies sei die öffentliche Wasserversorgung. Hierzu gehören alle Maßnahmen und Einrichtungen, die es dem Benutzer nicht nur vorübergehend ermöglichten, Trinkwasser aus der Leitung zu entnehmen. Als Monopolist habe der Kläger Trinkwasser zu erzeugen und es über das Netz öffentlicher Leitungen den Verbrauchern in dem durch die Mitgliedsgemeinden bestimmten Verbandsgebiet abzugeben. Imagepflege und Kundenwerbung seien für die Wahrnehmung dieser Aufgabe nicht von Bedeutung. Die Bürger seien über den Anschluss- und Benutzungszwang verpflichtet, seine Leistungen der Wasserversorgung in Anspruch zu nehmen. Deshalb bedürfe es für die Aufgabenwahrnehmung keiner Ausgaben für Spenden oder Sponsoring. Maßnahmen der Öffentlichkeitsarbeit und der Werbung, um Bürger über den Benutzungszwang, die Anschlussbedingungen und die Kosten der Wasserversorgung zu informieren, seien dagegen zulässig.
Laut dem OVG sei die Entscheidung nicht auf öffentliche Unternehmen übertragbar, die mit ihrer Tätigkeit im Wettbewerb stehen.

*Quelle: DStGB aktuell*

**Konzessionsabgaben bei Gaslieferungen, „Gasversorgung Ahrensburg“**

**KAV § 1 Abs. 3, 4, § 2 Abs. 6**
**a) Bei der für die Höchstsätze der Konzessionsabgaben bei Gaslieferungen maßgeblichen Abgrenzung von Tarifkunden und Sondervertragskunden nach § 1 Abs. 3, 4 KAV kommt es nicht auf das Abnahmeverhalten, sondern auf die vertragliche Ausgestaltung des Lieferverhältnisses an.**
**b) Die Ausgestaltung des Lieferverhältnisses des Durchleiters zum Kunden ist auch für die Höchstsätze der Konzessionsabgaben, die für Durchleitungen dritter Netznutzer erhoben und dem Netzentgelt hinzugerechnet werden können (§ 2 Abs. 6 KAV), unabhängig davon entscheidend, ob der Netzbetreiber eigenen grundversorgungsberechtigten Gaskunden Sonderkundenverträge anbietet.**

**GWB § 19 Abs. 1, 4 Nr. 1; EnWG § 111 Abs. 1**
**a) Rechnet ein Gasversorgungsnetzbetreiber, der sich in kommunaler Hand befindet und selbst Letztverbraucher mit Gas versorgt, unzulässig überhöhte Konzessionsabgaben dem Netznutzungsentgelt hinzu, kann darin ein nach § 19 Abs. 1, 4 Nr. 1 GWB verbotener Behinderungsmissbrauch zum Nachteil anderer Gaslieferanten liegen.**
**b) Auf § 32 GWB gestützte Maßnahmen der Kartellbehörden gegen den Betreiber eines Energieversorgungsnetzes, die den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen der Hinzurechnung von Konzessionsabgaben zum Netznutzungsentgelt zum Gegenstand haben, sind zumindest dann nicht nach § 111 Abs. 1 EnWG ausgeschlossen, wenn der Netzbetreiber mit der Gemeinde zu einer wirtschaftlichen Einheit verbunden ist.**

**BGH, Beschluss vom 6. November 2012 - KVR 54/11**

**Gründe:**
A. Die Betroffene, deren sämtliche Geschäftsanteile von der etwa 31.000 Einwohner zählenden Stadt Ahrensburg gehalten werden, betreibt seit dem 1. Oktober 2006 das örtliche Gasverteilnetz unter Benutzung öffentlicher Verkehrswege. Nach dem mit der Stadt Ahrensburg im Jahr 2003 geschlossenen und im Jahr 2006 angepassten Konzessionsvertrag hat die Betroffene an die Stadt eine Konzessionsabgabe in Höhe der Höchstsätze nach der jeweils geltenden konzessionsabgabenrechtlichen Regelung zu zahlen. § 7 Abs. 2 des Konzessionsvertrags enthält folgende Bestimmung:
„Sofern Letztverbraucher im Wege der Durchleitung von Dritten Gas geliefert erhalten, wird die GAG die Konzessionsabgabe dem Durchleitungsentgelt hinzurechnen, das die GAG mit Dritten als Entgelt für die Netznutzung vereinbaren wird. Die GAG wird für diese Lieferung von Dritten die Konzessionsabgabe an die Stadt in derselben Höhe zahlen, wie für eine unmittelbare Versorgung durch die GAG zu zahlen wäre.“
Die Betroffene versorgt selbst Kunden mit Gas. Sie ist Grundversorgerin in Ahrensburg, wo ihr Marktanteil bei der Versorgung von Letztverbrauchern mit einer jährlichen Abnahmemenge bis 100.000 kWh im Zeitraum von 2007 bis 2009 etwa 93% betrug. Haushaltskunden bis zu einem jährlichen Verbrauch von 100.000 kWh versorgt sie dort ausschließlich im Wege der Grund- und Ersatzversorgung gemäß einem einzigen, nach Verbrauch gestaffelten Tarif. Für alle Gaskunden mit einer jährlichen Abnahmemenge unterhalb 100.000 kWh kalkulierte sie zunächst eine Konzessionsabgabe in Höhe von 0,61 Cent/kWh bei reinen Kochgaskunden und 0,27 Cent/kWh bei Heizgaskunden. Damit schöpfte sie die Höchstsätze nach der Konzessionsabgabenverordnung für Lieferungen an Tarifkunden aus.
Für die Belieferung von Letztverbrauchern im Stadtgebiet von Ahrensburg, die durch andere Gaslieferanten erfolgten, erhob die Betroffene neben den Durchleitungsentgelten zunächst Konzessionsabgaben in derselben Höhe wie für Tarifkunden. Auf Abmahnung durch das Bundeskartellamt rechnete sie bei der Belieferung von Gewerbekunden mit einem jährlichen Verbrauch von mehr als 10.000 kWh dem Durchleitungsentgelt nur noch die für die Belieferung von Sondervertragskunden zugelassene Konzessionsabgabe von 0,03 Cent/kWh hinzu. Für die Vergangenheit leistete sie insoweit Rückzahlungen beziehungsweise nahm Gutschriften vor.
Das Bundeskartellamt hat mit Verfügung vom 16. September 2009 (WuW/E DE-V 1803 ff.) der Betroffenen aufgegeben, für den Zeitraum vom 1. Januar 2007 bis zum 1. Oktober 2013 sämtliche Gaslieferungen Dritter im Wege der Durchleitung an Letztverbraucher als Lieferungen an Sondervertragskunden einzustufen und dementsprechend höchstens ein Entgelt in Höhe der im Konzessionsvertrag mit der Stadt Ahrensburg jeweils festgelegten Konzessionsabgabe für die Belieferung von Sondervertragskunden hinzuzurechnen, keinesfalls jedoch einen höheren als den nach der Konzessionsabgabenverordnung für Lieferungen an Sondervertragskunden höchsten zulässigen Satz von derzeit 0,03 Cent/kWh. Ferner hat es die Betroffene verpflichtet, die danach zu viel erhobenen Entgelte zurückzuerstatten.
Das Bundeskartellamt hat zur Begründung ausgeführt, die Betroffene habe in Ahrensburg auf dem Markt für die entgeltliche Gestattung der Nutzung von Wegerechten durch Netzbetreiber und im Übrigen auf dem Netzdienstleistungsmarkt eine beherrschende Stellung. Diese missbrauche sie entgegen § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB, indem sie Drittlieferanten beim Zugang zum nachgelagerten Markt der Belieferung nichtleistungsgemessener Endkunden mit Gas durch Hinzurechnung überhöhter Konzessionsabgaben zum Durchleitungsentgelt behindere. Die Betroffene schulde zwar bei der Versorgung ihrer eigenen Haushaltskunden ebenfalls den höheren Satz für die Belieferung von Tarifkunden. Der damit verbundene Gewinnverzicht sei aber wegen der Konzessionseinnahmen für die Gemeinde wirtschaftlich unerheblich. Seine Zuständigkeit hat das Bundeskartellamt aus § 48 Abs. 2 Satz 1 GWB, hilfsweise aus einer Abgabeentscheidung der Landeskartellbehörde abgeleitet.
Im Verfahren über die von der Betroffenen und der Stadt Ahrensburg gegen die Verfügung erhobenen Beschwerden hat die Betroffene erstmals gerügt, die Kartellbehörden seien sachlich nicht zuständig. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerden zurückgewiesen (ZNER 2011, 623). Dagegen wendet sich die Betroffene mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

B. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.
I. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:
Zwar seien für die Fälle des Behinderungsmissbrauchs durch einen Netzbetreiber ausschließlich die Regulierungsbehörden zuständig. Die Anwendung der §§ 19, 20 und 29 GWB sei wegen der vorrangigen Regelung in § 30 EnWG nach § 130 Abs. 3 GWB iVm § 111 Abs. 1, 2 EnWG ausgeschlossen. Darauf könne die Beschwerde jedoch gemäß § 55 Abs. 2 GWB mangels rechtzeitiger Rüge der sachlichen Unzuständigkeit nicht gestützt werden.
Der Vorwurf des Behinderungsmiss-

brauchs sei begründet. Es lägen sowohl die Voraussetzungen des (unanwendbaren) § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB als auch des § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EnWG vor. Die Betroffene habe ihre - in Bezug auf Netzdienstleistungen marktbeherrschende - Stellung als Netzbetreiberin durch die Erhebung überhöhter Konzessionsabgaben von durchleitenden Dritten missbraucht. Für Lieferungen Dritter, die mit ihren Kunden Sonderverträge abgeschlossen haben, könne auch unter Berücksichtigung von § 2 Abs. 6 KAV nur die Konzessionsabgabe für Lieferungen an Sondervertragskunden erhoben werden. Die Betroffene habe dadurch die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf dem nachgelagerten örtlichen Markt für die Versorgung von Endkunden mit Gas in einer für den Wettbewerb erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt.

II. Die dagegen gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde haben im Ergebnis keinen Erfolg.

1. Die Zuständigkeit der Kartellbehörden für den Erlass der Verfügung, die das Bundeskartellamt auf die Eingriffsbefugnisse gemäß §§ 19, 32 GWB gestützt hat, folgt aus § 48 Abs. 2 GWB. Unerheblich ist, ob eine Zuständigkeit des Bundeskartellamts nach § 48 Abs. 2 Satz 1 GWB oder auf Grund der vorsorglichen Abgabe durch die Landeskartellbehörde gemäß § 49 Abs. 3 GWB begründet ist. Abgesehen davon, dass die Betroffene eine Zuständigkeit der Landeskartellbehörde nicht vorab geltend gemacht hat (vgl. § 55 GWB), könnte die Rechtsbeschwerde nach § 76 Abs. 2 Satz 2 GWB auf eine Missachtung der Zuständigkeitsverteilung zwischen den Kartellbehörden nicht gestützt werden.

2. Zu Unrecht geht die Rechtsbeschwerde davon aus, das beanstandete Verhalten sei allein am Maßstab des § 30 EnWG zu messen, so dass die Anwendung der kartellbehördlichen Eingriffsbefugnisse ausscheide. Die Anwendbarkeit der §§ 19, 20 GWB ist im Streitfall - entgegen der Ansicht auch des Beschwerdegerichts - nicht nach § 111 Abs. 1 EnWG ausgeschlossen.

a) Gemäß § 130 Abs. 3 GWB stehen die Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes der Anwendung der §§ 19, 20 und 29 GWB nicht entgegen, soweit in § 111 EnWG keine andere Regelung getroffen ist. Nach § 111 Abs. 1 EnWG sind die kartellrechtlichen Vorschriften nicht anzuwenden, soweit durch das Energiewirtschaftsgesetz oder auf Grund dieses Gesetzes erlassene Rechtsverordnungen ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden. Um solche abschließenden Regelungen handelt es sich nach § 111 Abs. 2 EnWG bei den Bestimmungen des dritten Teils des Energiewirtschaftsgesetzes und den auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen. Dieser Anwendungsvorrang dient der Vermeidung sowohl von Überschneidungen materiell-rechtlicher Verbote als auch von Doppelzuständigkeiten der Kartell- und Regulierungsbehörden (BT-Drucks. 15/3917, S. 75; vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 2012 - EnZR 105/10, WuW/E DE-R 3625 Rn. 18 - Stromnetznutzungsentgelt V). Die Anforderungen an den Netzbetreiber nach den §§ 11 bis 28a EnWG wie auch die Bestimmung des verbotenen Missbrauchs der Stellung als Netzbetreiber und seiner Rechtsfolgen nach den §§ 30 bis 33 EnWG werden allein den Regelungen des Energiewirtschaftsgesetzes unterworfen (Scholz in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., § 34 Rn. 105; vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2009 - KZR 43/08, GWF/Recht und Steuern 2009, 47 Rn. 3).

b) Nach diesen Grundsätzen ist die Anwendung der §§ 19, 20 GWB und damit der kartellbehördlichen Eingriffsbefugnisse auf den Sachverhalt, den das Bundeskartellamt der Verfügung zu Grunde gelegt hat, nicht ausgeschlossen.

aa) § 30 Abs. 1 Satz 1 EnWG verbietet Betreibern von Energieversorgungsnetzen den Missbrauch ihrer Marktstellung. Ob deshalb grundsätzlich abschließend nach dieser Vorschrift und nicht nach §§ 19, 20 GWB zu beurteilen ist, in welchem Umfang sie verauslagte Konzessionsabgaben dem Netzentgelt hinzurechnen können, ohne dadurch ihre Marktstellung in unzulässiger Weise zu missbrauchen (so etwa Höch/Kalwa, ZNER 2009, 361, 365 ff.; Meyer-Hetling/Templin, ZNER 2010, 139, 144; aA Lecheler, WuW 2009, 1249, 1252 f., 1257 ff.; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Energie 2011, BT-Drucks. 17/7181, S. 189), kann offen bleiben. Denn auf eine Ausnutzung der Marktstellung als Netzbetreiber ist der Gegenstand der angefochtenen Verfügung nicht beschränkt.

Die Verfügung beanstandet einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung auf dem sachlichen Markt für die entgeltliche Gestattung der Nutzung von (öffentlichen) Wegen zu Zwecken der Gasversorgung. Die Stadt Ahrensburg, die alleinige Anteilsinhaberin der Betroffenen ist, besitzt auf diesem Markt im Gemeindegebiet ein Monopol. Sie ist bei der Verwertung ihres Wegerechts an die §§ 19, 20 GWB gebunden, die ihr eine ungerechtfertigte Zugangsverweigerung (BGH, Urteil vom 11. November 2008 - KZR 43/07, WuW/E DE-R 2581 Rn. 15 ff. - Neue Trift) wie auch sonstigen Missbrauch, insbesondere die Erhebung missbräuchlich überhöhter Konzessionsabgaben, verbieten (Lecheler, aaO 1252 f.; Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, S. 62 f.). § 46 Abs. 5 EnWG stellt dies klar. Die wirtschaftliche Verwertung des Wegerechts durch die Gemeinde ist nicht Gegenstand der Regelung des Netzzugangs nach §§ 11 ff. EnWG, sondern der Bestimmungen in §§ 46, 48 EnWG, die außerhalb des dritten Teils des Energiewirtschaftsgesetzes stehen. Jedenfalls in Bezug auf diesen Markt bleibt § 19 GWB anwendbar.

bb) Die Betroffene ist mit Blick auf die vom Bundeskartellamt untersagte Berechnung von Konzessionsabgaben auch Adressatin des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots.

(1) Kartellrechtliche Maßnahmen, welche den Missbrauch des kommunalen Wegerechts betreffen, können sich zumindest dann gegen den Netzbetreiber und die Erhebung von Konzessionsabgaben durch diesen richten, wenn er eine wirtschaftliche Einheit mit der Gemeinde bildet. Die Hinzurechnung der Konzessionsabgaben zum Netzentgelt stellt sich in einem solchen Fall als Verwertung des bei der Gemeinde monopolisierten öffentlichen Wegerechts dar, weil die Gemeinde die Konzessionsabgaben - als durchlaufenden Posten - durch den von ihr beherrschten ausschließlichen Konzessionsnehmer und Netzbetreiber einziehen lässt. Eine eigenständige Bedeutung kommt der Stellung des Netzbetreibers, an die § 30 Abs. 1 EnWG anknüpft, bei der gebotenen Gesamtbetrachtung unter diesen Umständen nicht zu. Nach dem Rechtsgedanken der Verbundklausel des § 36 Abs. 2 GWB, die nicht nur für die Fusionskontrolle, sondern für den gesamten Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2009 - KZR 21/08, WuW/E DE-R 2739 Rn. 15 mwN - Entega), erstreckt sich die Monopolstellung auf dem Markt für kommunale Wegerechte in einem solchen Fall auch auf den im Sinne des § 36 Abs. 2 GWB mit der Kommune verbundenen Netzbetreiber.

(2) Die Stadt Ahrensburg ist alleinige Inhaberin der Betroffenen, welche in Ahrensburg unter Nutzung des nur ihr eingeräumten Rechts zur Benutzung öffentlicher Wege die Gasnetzdienstleistungen anbietet. Letztere beruft sich für die Hinzurechnung von Konzessionsabgaben auf den Konzessionsvertrag mit der Stadt, an die sie jene Beträge in voller Höhe abführt. Da sie vom Bundeskartellamt in dieser Eigenschaft als verlängerter Arm der Kommune in Anspruch genommen wird, findet der in § 111 Abs. 1, 2 EnWG als Ausnahme konzipierte Ausschluss der §§ 19, 20 GWB keine Anwendung.

3. Ohne Rechtsverstoß hat das Beschwer-

degericht die angegriffene Verfügung auch im Übrigen für rechtmäßig erachtet. Dabei ist unerheblich, dass das Beschwerdegericht die Prüfung anhand des Maßstabs des § 30 EnWG vorgenommen hat. Zutreffend hat es darauf hingewiesen, dass seine Erwägungen auf § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB in gleicher Weise zutreffen. Nach dieser Vorschrift ist es marktbeherrschenden Unternehmen untersagt, die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund zu beeinträchtigen. Dagegen hat die Betroffene verstoßen.

a) Die Betroffene rechnet ihren Netznutzungsentgelten Konzessionsabgaben hinzu, die - soweit vom Bundeskartellamt beanstandet - unzulässig überhöht sind.

aa) Wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, darf für Gasdurchleitungen Dritter, die mit ihren Kunden Sonderverträge abgeschlossen haben, nur die im Konzessionsvertrag vereinbarte und nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV beschränkte Konzessionsabgabe für die Belieferung von Sondervertragskunden erhoben und auf den Netznutzer umgelegt werden.

(1) Die zulässigen Höchstbeträge für Konzessionsabgaben unterscheiden sich gemäß § 2 Abs. 2, 3 KAV je nachdem, ob Tarifkunden oder Sondervertragskunden beliefert werden. Bei der Abgrenzung dieser Kundengruppen stellen die mit dem Zweiten Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970) geschaffenen Regelungen in § 1 Abs. 3, 4 KAV nicht auf das Abnahmeverhalten, sondern auf die vertragliche Ausgestaltung des Lieferverhältnisses ab.

(a) Tarifkunden im Sinn der Verordnung sind nach § 1 Abs. 3 KAV Kunden, die auf Grund von Verträgen nach den §§ 36 und 38 sowie § 115 Abs. 2 und § 116 EnWG beliefert werden. Abgesehen von den letztgenannten Übergangsregelungen und den Fällen der Ersatzversorgung (§ 38 EnWG) handelt es sich um Haushaltskunden (§ 3 Nr. 22 EnWG), die ein Grundversorger im Rahmen der Grundversorgung (§ 36 EnWG) beliefert. Alle übrigen Kunden sind gemäß § 1 Abs. 4 KAV Sondervertragskunden. Auch dem Grundversorger steht es frei, mit Haushaltskunden Verträge nach § 41 EnWG außerhalb der Grundversorgung zu schließen. Maßgeblich für die Einordnung des Versorgungsvertrags ist, ob das Versorgungsunternehmen die Versorgung in Niederspannung oder Niederdruck zu den öffentlich bekannt gemachten Bedingungen und Preisen - aus Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers - im Rahmen seiner Versorgungspflicht nach § 36 Abs. 1 EnWG oder unabhängig davon im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit anbietet (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juli 2009 VIII ZR 225/07, BGHZ 182, 59 Rn. 13 ff.; vom 22. Februar 2012 VIII ZR 34/11, WuW/E DE-R 3569 Rn. 35, jeweils zu § 1 AVBGasV/GasGVV und mwN).

(b) Haushaltskunden außerhalb der Grundversorgung sind danach im Grundsatz weder kraft Verordnung noch auf Grund einer Vereinbarung im Konzessionsvertrag als Tarifkunden im Sinn des § 1 Abs. 3 KAV zu behandeln (OLG München, Urteil vom 24. Mai 2012 - U 4936/11 Kart, R + S 2013, 1, 2; Säcker/Mohr/Wolf, aaO S. 157 f.; Büdenbender, RdE 2011, 201, 210 f.; vgl. Lecheler, aaO 1259 Fn. 57; einschränkend Kühne, RdE 2010, 6, 10; aA Tödtmann/Kaluza, ZNER 2011, 412, 413 ff.; Keller-Herder, Der Konzessionsvertrag unter dem neuen Energiewirtschaftsrecht, S. 199 ff.).

Die Unterscheidung bei den Höchstsätzen für Konzessionsabgaben entstammt zwar der Überlegung, gewerbliche Abnehmer als typische Sondervertragskunden würden mit Elektrizität regelmäßig über Mittelspannungs- und Hochspannungsnetze versorgt, für deren Verlegung öffentliche Verkehrswege weniger in Anspruch genommen würden als für das Niederspannungsnetz, über das Haushaltskunden typischerweise versorgt würden (BR-Drucks. 686/91 S. 16; kritisch Salje, EnWG, § 48 Rn. 53). Ein entsprechender Zusammenhang mag für Gaslieferungen über Hochdruck- oder Niederdruckleitungen bestehen (vgl. BT-Drucks. 13/7274, S. 21 f.). Indes war eine Unterscheidung unmittelbar nach dem Abnahmeverhalten schon beim Erlass der Konzessionsabgabenverordnung vom 9. Januar 1992 (BGBl. I S. 12) nicht gewollt (BR-Drucks. 686/91, S. 16). Dass § 41 EnWG in der Aufzählung des § 1 Abs. 3 KAV nicht genannt ist, ist daher kein Redaktionsversehen des Gesetzgebers.

Die Ausnahmebestimmung in § 2 Abs. 7 KAV, wonach Stromlieferungen an Kleinstabnehmer bis zu den dort genannten Leistungs- und Verbrauchsgrenzen unbeschadet des § 1 Abs. 3, 4 KAV konzessionsabgabenrechtlich als Lieferungen an Tarifkunden gelten, bestätigt dies (Säcker/Mohr/Wolf, aaO S. 158 f.). Sie soll die Auswirkungen der Umwandlung von Tarifkunden in Haushaltssondervertragskunden begrenzen. Auf eine entsprechende Regelung für den Gasbereich, wo insbesondere in der Heizgasversorgung Sonderkundenverträge weit verbreitet waren (Feuerborn/Riechmann, KAV, § 2 Rn. 30 Fn. 43), hat der Verordnungsgeber bewusst verzichtet, um die unterschiedlichen Positionen im Wettbewerb zu den Konkurrenzenergien in den verschiedenen Versorgungsgebieten zu berücksichtigen und das Konzessionsabgabevolumen nicht zu verändern (BR-Drucks. 358/99, S. 5, 7; vgl. BT-Drucks. 15/3917, S. 96 f.). Überlegungen, im Rahmen der zweiten Novellierung des Energiewirtschaftsrechts eine ähnliche Bestimmung für den Gasbereich zu schaffen (BR-Drucks. 248/1/05 (neu), S. 13), sind nicht weiterverfolgt worden.

(2) Für Durchleitungen Dritter bestimmt § 2 Abs. 6 Satz 1 KAV, dass im Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Gemeinde Konzessionsabgaben bis zu der Höhe vereinbart oder gezahlt werden können, wie sie der Netzbetreiber in vergleichbaren Fällen für Lieferungen seines Unternehmens oder durch verbundene oder assoziierte Unternehmen in diesem Konzessionsgebiet zu zahlen hat. Sie können nach § 2 Abs. 6 Satz 2 KAV dem Netzentgelt hinzugerechnet werden. Auch insoweit entscheidet die Natur des Lieferungsvertrags über die Vergleichbarkeit des Falls und damit den anzuwendenden Konzessionsabgabensatz.

Beliefern Dritte Sondervertragskunden, so ist maßgeblich, welche Konzessionsabgabe der Netzbetreiber nach dem Konzessionsvertrag zu zahlen hat, wenn er selbst Sondervertragskunden beliefert. Dies gilt auch, wenn der Netzbetreiber eventuellen eigenen Energiekunden (derzeit) nur Tarifverträge anbietet (Säcker/Mohr/Wolf, aaO S. 165 f.; Rosin/Semmler/Hermeier, et 2010, Heft 9, S. 88, 90 f.; Kermel, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, Kap. 10 Rn. 121; Wolf, VersorgW 2012, 53, 54; wohl auch Lecheler, aaO 1259 f.; Monopolkommission, aaO Rn. 39). Der von der Rechtsbeschwerde vertretenen Ansicht, für Durchleitungen ergebe sich aus § 2 Abs. 6 KAV, dass Konzessionsabgaben bis zu dem für die Belieferung von Tarifkunden im Konzessionsvertrag vereinbarten Satz berechnet werden könnten, soweit der Konzessionsnehmer selbst in „energiewirtschaftlich“ vergleichbaren Verbrauchsfällen ausschließlich Tarifverträge anbiete (vgl. OLG Frankfurt a.M., RdE 2009, 256, 257; Morell, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 3. Aufl., Stand November 2010, KAV § 2 Abs. 6 Erl. 1; Höch/Kalwa, aaO 364 f.; ähnlich Kühne, aaO 11 f.; Schmid/Maqua, VersorgW 2007, 117, 118 f.; Tittel/Otto, RdE 2009, 368, 371 ff.; Meyer-Hetling/Templin, aaO 141; Jacob/Mussaeus, RdE 2012, 72 f.), ist das Beschwerdegericht zu Recht nicht gefolgt.

(a) Die Vorschrift des § 2 Abs. 6 KAV wurde mit der Ersten Verordnung zur Änderung der Konzessionsabgabenverordnung vom 22. Juli 1999 (BGBl. I S. 1669) eingefügt, um die Gleichbehandlung der Netznutzer im Konzessionsabgabenrecht zu sichern und die Konzessionsabgaben im Verhältnis zwischen dem Netzbetreiber und anderen Anbietern bei der Belieferung von Letztverbrauchern mit Energie wettbewerbsneutral auszugestalten. Für die Höhe der Konzessionsabgaben im Wettbewerb sollte bei Lieferungen Dritter nicht mehr entscheidend sein, ob Energie

im Rahmen eines Tarif- oder Sonderkundenvertrags geliefert wird, sondern welche Konzessionsabgabe entsprechend dem mit der Gemeinde geschlossenen Konzessionsvertrag bei Belieferung durch den bisherigen Lieferanten anfallen würde. Bei Lieferungen anderer Versorger sollte § 2 Abs. 6 KAV ermöglichen, die höhere Konzessionsabgabe für Tarifkunden zu erheben, wenn der Konzessionsvertrag bestimmte, dass das netzbetreibende Versorgungsunternehmen seine Kunden nach Tarifbedingungen versorgt (BRDrucks. 358/99, S. 3 ff., 6 f.).

(b) Nach der zweiten Novellierung des Energiewirtschaftsrechts ist indessen der Charakter des jeweiligen Liefervertrags auch im Rahmen des Vergleichs nach § 2 Abs. 6 KAV unabhängig von der Gestaltung der Versorgungstarife des Netzbetreibers entscheidend. Diese Auslegung der mehrdeutigen Vorschrift bringt ihren vom Normgeber festgelegten Sinn und Zweck unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung, nachdem die Norm vom Gesetzgeber in einen anderen Regelungszusammenhang gestellt worden ist. Sie ist daher notwendig und auch zulässig (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2002 - X ARZ 208/02, BGHZ 153, 173, 181; BVerfGE 96, 375, 394; 82, 6, 12; 34, 269, 288 f.; BVerfG, NJW 2006, 3409). Dies hat das Beschwerdegericht mit Blick auf die Legaldefinitionen des Tarif- und des Sonderkundenbegriffs in § 1 Abs. 3, 4 KAV, mit denen die Konzessionsabgabenverordnung an die neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen angepasst wurde (BT-Drucks. 15/3917, S. 77), zutreffend erkannt.

Bei der Einführung von § 2 Abs. 6 KAV ging der Verordnungsgeber davon aus, dass häufig im Konzessionsvertrag mit der Gemeinde entschieden werde, ob die Heizgasversorgung als Tarif- oder als Sondervertragslieferung erfolge (BR-Drucks. 358/99, S. 7). Er wollte verhindern, dass ein an diese Entscheidung gebundenes Energieversorgungsunternehmen gegebenenfalls höhere Konzessionsabgaben hinnehmen muss als seine Wettbewerber. Nach heute geltendem Recht besteht dieses Problem nicht. Die Gemeinde vergibt spätestens seit der zweiten Novellierung des Energiewirtschaftsrechts - kein Recht zur Versorgung von Letztverbrauchern mit Energie mehr. Sie räumt lediglich dem Netzbetreiber ein Recht zur Wegenutzung ein (BT-Drucks. 15/3917, S. 68; Büdenbender, Festschrift Kühne, S. 101, 103; Monopolkommission, aaO Rn. 403), ohne die Ausgestaltung der Lieferbeziehungen bestimmen zu können (vgl. BT-Drucks. 15/4068, S. 7; Lecheler, aaO 1256; Büdenbender, RdE 2011, 201, 211; Säcker/Mohr/Wolf, aaO S. 158; s.a. § 46 Abs. 1 Satz 2 EnWG). Ohnehin kann die Gemeinde im Konzessionsvertrag mit dem Netzbetreiber keinen Einfluss auf den nun entflochtenen Energievertrieb (§§ 6 ff. EnWG) nehmen.

Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde behält die Vorschrift des § 2 Abs. 6 KAV bei dieser gewandelten Auslegung einen sinnvollen, dem Willen des Normgebers entsprechenden Inhalt. Sie dient weiter der Klarstellung, dass Konzessionsabgaben auch in Bezug auf Durchleitungen Dritter vereinbart werden können. Darüber hinaus beschränkt sie zusätzlich zu § 2 Abs. 2, 3 KAV solche Konzessionsabgaben auf die für eigene Lieferungen des Netzbetreibers vereinbarten Sätze. Sie verwirklicht im neuen rechtlichen Rahmen die Gleichbehandlung der Netznutzer im Verhältnis zum Konzessionsnehmer und die Wettbewerbsneutralität der Konzessionsabgaben. Dem Grundversorger steht es frei, Haushaltskunden auch Sonderkundenverträge anzubieten und sich bei Kunden, die Belieferung im Wege der Grundversorgung beanspruchen, durch Abwälzung der höheren Konzessionsabgabe schadlos zu halten. Die unterschiedliche Höhe der Konzessionsabgabe benachteiligt ihn daher im Wettbewerb nicht. Würde hingegen § 2 Abs. 6 KAV vertikal integrierten kommunalen Grundversorgern ermöglichen, ohne eigenen Nachteil durch einen Verzicht auf Sonderkundenangebote das Kostenniveau aller Netznutzer anzuheben, liefe dies dem gesetzgeberischen Ziel zuwider, eine preisgünstige Energieversorgung bei wirksamem Wettbewerb zu fördern (§ 1 Abs. 1, 2 EnWG; vgl. Lecheler, aaO 1259 f.).

Dass nach alledem das Konzessionsabgabevolumen im Gasbereich sinken könnte, ist nicht entscheidend. Der Gesetzgeber hat dagegen - anders als im Strombereich (vgl. die Anpassung in § 2 Abs. 7 KAV) - keine Vorkehrungen getroffen. Soweit im Gesetzgebungsverfahren betont worden ist, dass das Konzessionsabgabeaufkommen nicht tangiert werden soll, betraf dies einerseits § 2 Abs. 7 KAV (BT-Drucks. 15/3917, S. 96 f.; 15/4068 S. 10) und andererseits den Umstand, dass die Konzessionsabgabe nicht deshalb gekürzt werden kann, weil sie nur Gegenleistung für die Einräumung des Wegerechts und nicht auch - wie noch nach § 14 Abs. 1 Satz 1 EnWG 1998 - für ein Recht zur Versorgung ist (BT-Drucks. 15/3917, S. 68; Klemm, VersorgW 2005, 197, 201). Im Übrigen sind die Höchstsätze nicht geändert worden. Die im Wortlaut mehrdeutige Regelung in § 2 Abs. 6 Satz 1 KAV (weiterhin) im Sinn eines Vergleichs auf Grund der Tarifstruktur des Konzessionsnehmers zu verstehen, ist weder erklärter Wille des Gesetzgebers noch ein geeignetes Mittel zur Sicherung der Konzessionseinnahmen. Denn nach der Entflechtung der Energiewirtschaft erlegt § 36 Abs. 2 EnWG die Grundversorgungspflicht dem Unternehmen auf, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert. Ob es sich dabei um den Netzbetreiber handelt, hängt von den örtlichen Entwicklungen auf dem Markt der Versorgung von Letztverbrauchern mit Energie ab (vgl. BT-Drucks. 15/3917, S. 66; Kermel, aaO Kap. 1 Rn. 44 f. mwN). Im Fall der Grundversorgung durch einen Dritten führte die von der Rechtsbeschwerde geforderte Auslegung dazu, dass für Lieferungen an Tarifkunden nur die niedrigere Konzessionsabgabe für Sondervertragskunden zu erheben wäre, weil der Netzbetreiber dann nur über solche Kunden verfügen kann. Für den Vergleich nach § 2 Abs. 6 KAV sind gerade nicht die Tarifierungsmaßstäbe des Grundversorgers heranzuziehen (aA Tittel/Otto, aaO 372 f.). Damit würde keine Regelungslücke gefüllt, sondern die insoweit eindeutige Bestimmung durch eine andere ersetzt. Dafür streitet auch nicht das vorrangige Ziel der Vorschrift, die Konzessionsabgaben wettbewerbsneutral zu gestalten.

bb) Danach durfte die Betroffene Konzessionsabgaben ihren Gasnetzkunden nur bis zu dem für Lieferungen an Sondervertragskunden im Konzessionsvertrag vereinbarten Höchstsatz nach der Konzessionsabgabenverordnung in Rechnung stellen, der nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 KAV 0,03 Cent je Kilowattstunde beträgt. Ihre darüber hinausgehenden Forderungen waren unberechtigt.

b) Zu Recht hat das Beschwerdegericht angenommen, dass die beanstandete Abrechnungspraxis die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb erheblichen Weise beeinträchtigt.

aa) Die Betroffene beeinträchtigt die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Gaslieferanten. Eine Beeinträchtigung im Sinne des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB kann sich aus jeder nachteiligen Beeinflussung der wettbewerblichen Betätigungsfreiheit eines anderen Unternehmens ergeben (Nothdurft in Langen/Bunte, Kartellrecht, 11. Aufl., GWB § 19 Rn. 144), sei es auf demselben oder einem anderen als demjenigen sachlichen Markt, auf dem der Missbrauch erfolgt (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 2004 - KZR 1/03, BGHZ 158, 334, 338 f. mwN - Der Oberhammer). Sie kann etwa darin liegen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen den Zugang zu seinem Angebot an unzulässige Bedingungen knüpft (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 2010 - KZR 50/07, juris Rn. 35 Überlassung von Basisdaten) und dadurch die Wettbewerbsstellung anderer Unternehmen schwächt. Diese Fallkonstellation liegt hier vor. Indem die Betroffene anderen Gaslieferanten unzulässig überhöhte Beträge für Konzessionsabgaben berechnet, begrenzt sie deren Möglichkeiten auf dem nachgelagerten

Markt für die Belieferung von Letztverbrauchern mit Gas. Die konkurrierenden Gaslieferanten sind gezwungen, entweder eine Schmälerung der Gewinnspanne hinzunehmen oder diese Kosten auf den Gaspreis umzulegen.
bb) Ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht ausgeführt, dass die Beeinträchtigung für den Wettbewerb auf dem Markt erheblich ist.
(1) Das Beschwerdegericht hat angenommen, dafür genüge, dass ein bestimmtes Verhalten erfahrungsgemäß zu Risiken für den Wettbewerb führe, ohne dass es auf den Eintritt erheblicher Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur ankomme. Die Differenz zwischen Tarif- und Sonderkundenkonzessionsabgabe sei zur Verdrängung oder Abschreckung von Wettbewerbern geeignet. Für die Betroffene bedeuteten höhere Konzessionsabgaben lediglich, dass diese anstelle eines entsprechenden Gewinns an die Stadt abgeführt würden.
(2) Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Zu Unrecht wendet die Rechtsbeschwerde ein, das Beschwerdegericht habe keine spürbaren Auswirkungen auf dem Markt für die Belieferung von Gaskunden festgestellt. Darauf kommt es nicht an. Vielmehr genügt es, wenn der betroffene wettbewerbliche Aktionsparameter zur Beeinträchtigung der Marktverhältnisse objektiv geeignet ist (KG, WuW/E OLG 3124, 3129 - Milchaustauschfuttermittel; Götting in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl., GWB § 19 Rn. 65 mwN). Diese Voraussetzung erfüllt das gegenständliche Verhalten.
Das Beschwerdegericht hat - von der Rechtsbeschwerde nicht beanstandet - festgestellt, dass die Differenz zwischen den Konzessionsabgaben für Tarifkunden und für Sondervertragskunden einen Anteil von einem Sechstel (Gas für Kochen und Warmwasser) beziehungsweise einem Fünfzehntel (Heizgas) der mengengewichteten Gaspreise für Haushaltskunden in den Jahren 2006 bis 2008 nach Abzug unbeeinflussbarer Kosten der Gaslieferanten und damit einen erheblichen Teil der Marge der Gasanbieter ausmachte. Es hat zu Recht die besonderen Umstände des Falls hervorgehoben, die in der vertikalen Integrierung von kommunalem Wegenetz, Gasverteilernetzbetrieb und Gasvertrieb wurzeln. Anders als die Gasvertriebssparte der Betroffenen, die mit der Gläubigerin der Konzessionsabgaben zu einer wirtschaftlichen Einheit verbunden ist, müssen deren Wettbewerber die hohe Konzessionsabgabe ohne Kompensation tragen. Danach ist die Annahme, das beanstandete Verhalten beeinträchtige die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb erheblichen Weise, rechtlich nicht zu beanstanden.
c) Zur Rechtfertigung kann die Betroffene sich nicht auf § 7 Abs. 2 des Konzessionsvertrags berufen. Diese Vertragsbestimmung ist ebenso offen formuliert wie § 2 Abs. 6 KAV und daher im Einklang mit den normierten Grenzen auszulegen. Im Übrigen könnte die gemeindeeigene Betroffene den Missbrauchsvorwurf nach § 36 Abs. 2 GWB nicht ausräumen, indem sie auf rechtswidrige Konzessionsabreden mit der Gemeinde verwiese.

## Konzessionsabgabe Gas bei Durchleitungen
## Urteilsanmerkung zu den Entscheidungsgründen des Bundesgerichtshofs in der Sache GAG Ahrensburg

Timm Fuchs, DStGB

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat am 6. November 2012 (Az. KVR 54/11) die Auffassung des Bundeskartellamts bestätigt, dass ein kommunaler Verteilnetzbetreiber durch die Erhebung von Tarifkunden-Konzessionsabgaben gegenüber Drittanbietern, die im Netzgebiet Kunden mit Gas beliefern, missbräuchlich handelt.
Die Begründung der Entscheidung stand bislang noch aus und wurde nunmehr vom BGH veröffentlicht.*

### Inhalt des Beschlusses

Der BGH hat sich der Rechtsauffassung des OLG Düsseldorfs angeschlossen, wonach die Tarifkunden-Konzessionsabgabe nur vom Grundversorger erhoben werden darf. Der BGH trifft in seinem Beschluss folgende Kernaussagen:

• Für Gasdurchleitungen Dritter, die mit ihren Kunden Sonderverträge abgeschlossen haben, darf nur die im Konzessionsvertrag vereinbarte und nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 Konzessionsabgabenverordnung (KAV) beschränkte Konzessionsabgabe für die Belieferung von Sondervertragskunden erhoben und auf den Netznutzer umgelegt werden. Dagegen steht es dem Grundversorger frei, Haushaltskunden auch Sonderkundenverträge anzubieten und sich bei Kunden, die Belieferung im Wege der Grundversorgung beanspruchen, durch Abwälzung der höheren Konzessionsabgabe schadlos zu halten.

• Für Lieferungen Dritter, die mit ihren Kunden Sonderverträge abgeschlossen haben, kann auch unter Berücksichtigung von § 2 Abs. 6 KAV, der bei Durchleitungen vergleichbare Konzessionsabgaben sichern will, nur die Konzessionsabgabe für Lieferungen an Sondervertragskunden erhoben werden. Für die Anwendung des § 2 Abs. 6 KAV ist nach der Argumentation des Gerichts der Charakter des jeweiligen Liefervertrags unabhängig von der Gestaltung der Versorgungstarife des Netzbetreibers entscheidend. Dass der Netzbetreiber den eigenen grundversorgungsberechtigten Gaskunden Sonderkundenverträge anbietet, sei unerheblich.
In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass der BGH offenbar wenig Spielraum für eine konzessionsvertragliche Vereinbarung zur Abgrenzung von Tarif- und Sondervertragskunden sieht. Denn das Gericht führt in seiner Begründung aus, dass die Gemeinde spätestens seit der Novellierung des EnWG 2011 kein Recht zur Versorgung von Letztverbrauchern mit Energie mehr vergebe. Sie räume lediglich dem Netzbetreiber ein Recht zur Wegenutzung ein, ohne die Ausgestaltung der Lieferbeziehungen bestimmen zu können.
Sie könne im Konzessionsvertrag mit dem Netzbetreiber ohnehin keinen Einfluss auf den nun entflochtenen Energievertrieb (§§ 6 ff. EnWG) nehmen.
Diese Ansicht verkennt allerdings, dass das EnWG keine Verpflichtung zum Anschluss eines Konzessionsvertrages mit dem Netzbetreiber kennt, sondern der Vertrag auch mit einem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen abgeschlossen werden kann.

• Dass dadurch das Konzessionsabgabevolumen im Gasbereich sinken könnte, ist nach Auffassung des Gerichts nicht entscheidend. Der Gesetzgeber habe anders als im Strombereich (vgl. die Anpassung in § 2 Abs. 7 KAV) keine Vorkehrungen getroffen.

• Anders als das OLG Düsseldorf sieht der BGH eine Zuständigkeit der Kartellbehörden bezüglich der Überprüfung der Höhe von Konzessionsabgaben, die mit dem Netznutzungsentgelt erhoben werden, zumindest in den Fällen, in denen Netzbetreiber und Gemeinde kartellrechtlich als wirtschaftliche Einheit zu betrachten sind.

### Folgen des Beschlusses

Der Beschluss lässt befürchten, dass sich die bisherige Entwicklung, wonach immer weniger Netzbetreiber die höhere Konzessionsabgabe für Tariflieferungen im Gasbereich zahlen, noch beschleunigen wird. Es kann auch damit gerechnet werden, dass Bundeskartellamt bzw. Landeskartellbehörden diejenigen Netzbetreiber, die schon im Jahr 2010 angegeben haben, dass sie von Drittlieferanten die Tarifkunden-Konzessionsabgabe erheben, noch einmal gezielt ansprechen werden.
Da es sich bei dem Beschluss des BHG um eine höchstrichterliche Rechtspre-

* Anmerkung der Redaktion: Der Beschluss ist verstehend auf S 170 ff. abgedruckt.

chung handelt, wird es schwierig sein, dem etwas entgegen zu setzen.

**Weiteres Vorgehen**
Die Begründung des Beschlusses macht endgültig deutlich, dass es einer Änderung der KAV bedarf, um das Konzessionsabgabenaufkommen im Gasbereich abzusichern. Entsprechend unseren Vorschlägen aus der Vergangenheit halten wir eine gesetzliche Regelung in der KAV für erforderlich, die - entsprechend der Regelung in § 2 Abs. 7 KAV für den Strombereich - eine mengenbezogene Abgrenzung zwischen Tarif- und Sondervertragskunden ermöglicht. Die Höhe der Grenzmenge muss geeignet sein, um das Niveau der Konzessionsabgabe Gas künftig zu sichern.
Wir werden diese Forderung weiter verfolgen, auch in Abstimmung mit den anderen kommunalen Spitzenverbänden und dem VKU. Dabei werden wir unsere Argumentation auf die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers stützen, das Konzessionsabgabenaufkommen nicht zu beeinträchtigen und die Wettbewerbsneutralität der Konzessionsabgaben zwischen den Wettbewerbern zu sichern sowie Wettbewerbsverzerrungen durch unterschiedlich hohe Abgabensätze bei der Belieferung gleicher Kunden zu vermeiden.

## § 8 Abs. 1 KAG
## Ausbaubeiträge

**Notwendig ist eine Erneuerung immer dann, wenn die jeweilige Teileinrichtung nicht mehr voll funktionsfähig, also abgängig ist und deshalb Erneuerungsbedarf besteht. Indiz dafür ist der Ablauf ihrer üblichen Nutzungsdauer.**

**Beschluss des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts vom 21. Februar 2013, Az. 9 B 47/12.**

**Gründe**
1. Die Antragstellerin ist zu drei Vierteln Eigentümerin des Grundstücks Königsberger Straße (Flurstück Flur ) im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin. Das Grundstück ist seit 1964 bebaut und liegt zwischen den beiden parallel verlaufenden Wohnwegen der Königsberger Straße. Die Antragstellerin wendet sich in den beiden Ausgangsverfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen ihre Heranziehung zu Straßenausbaubeiträgen für den Ausbau der beiden Wohnwege. Ihre Anträge, die aufschiebende Wirkung ihrer Widersprüche gegen die Bescheide über Ausbaubeiträge anzuordnen, sind gemäß § 80 Abs. 5 VwGO zulässig, insbesondere scheitern sie nicht an den Vorgaben des § 80 Abs. 6 Satz 1 VwGO, denn die Antragsgegnerin hat auf die zunächst an sie gerichteten Anträge auf Aussetzung der Vollziehung ohne Mitteilung eines zureichenden Grundes in angemessener Frist nicht reagiert (§ 80 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 VwGO).

2. Der Antrag ist allerdings unbegründet.

Im Falle der Erhebung öffentlicher Abgaben und Kosten im Sinne des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO kommt die Anordnung der aufschiebenden. Wirkung von Widerspruch und Klage regelmäßig nur in Betracht, wenn gemäß § 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes bestehen oder die Vollziehung für den Abgaben- und Kostenpflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Für Letzteres liegen keine Anhaltspunkte vor.
Es bestehen auch keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Bescheide. Ernstliche Zweifel liegen nach der ständigen Rechtsprechung des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts und der Kammer nur dann vor, wenn aufgrund summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage ein Erfolg des Rechtsbehelfs im Hauptsacheverfahren ebenso wahrscheinlich ist wie ein Misserfolg (vgl. z.B. OVG Schleswig, Beschl. v. 24.06.1998 - 2 M 7/98. - Die Gemeinde 1998, 341). Dies ist hier nicht gegeben, da sich die Bescheide im Hauptsacheverfahren voraussichtlich als rechtmäßig erweisen werden.
Rechtsgrundlage für die Heranziehung der Antragstellerin ist § 8 Abs. 1 KAG in Verbindung mit den Vorschriften der Satzung der Antragsgegnerin über die Erhebung von Beiträgen für den Ausbau und Umbau von Straßen, Wegen und Plätzen vom 21.12.2000 i.d.F. der 4. Änderungssatzung vom 26.06.2009 - ABS - (Ausbaubeitragssatzung - ABS -).
Nach deren § 1 erhebt die Antragsgegnerin zur Deckung ihres Aufwandes für die Herstellung, den Ausbau und Umbau sowie die Erneuerung von Straßen, Wegen und Plätzen als öffentliche Einrichtungen Beiträge von denjenigen Grundstückseigentümerinnen und -eigentümern, denen die Maßnahmen Vorteile bringen. Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Satzung bestehen nicht.
Bei den Wegen Königsberger Straße - (Flurstück ) und (Flurstück ) handelt es sich um parallel verlaufende, jeweils selbständige öffentliche Einrichtungen i.S.d. § 8 Abs. 1 KAG, § 1b) ABS, und zwar um Wohnwege i.S.d. § 127 Abs. 2 Nr. 2 BauGB. Aufgrund ihrer Ausbaubreite von nur 2 m sind sie aus tatsächlichen Gründen prinzipiell nicht befahrbar. Nach den Festsetzungen des maßgeblichen B-Plans (heute Nr. 25) dürfen hier dennoch Wohngebäude errichtet werden (wogegen baurechtlich nichts zu erinnern ist, wenn Bedenken wegen des Brandschutzes nicht bestehen, § 4 Abs. 2 Satz 2 LBO vgl. OVG Schleswig, Urt. v. 22.10.1998 - 1 L 90/97 - m.w.N.). Die Wege sind nahezu ….m lang und wurden zum 1. Februar 1981 als Gemeindestraßen (Ortsstraßen gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3a) StrWG) dem öffentlichen Verkehr gewidmet. Solche Wohnwege können schon wegen ihrer andersartigen Verkehrsfunktion nicht nur als unselbständiger Teil der nächstgelegenen befahrbaren Anbaustraße angesehen werden (OVG Schleswig, Urt. v. 08.12.1994 - 2 L 330/91 - Die Gemeinde 1995, 83, in juris Rn. 24; Habermann in: Habermann/ Arndt, Kommunalabgabengesetz des Landes Schleswig-Holstein, Stand Dezember 2012, § 8 KAG Rn. 132 a.E.; zum Erschließungsbeitragsrecht: BVerwG, Urt. v. 10.121993 -8 C 58/91 - NVwZ 1994, 912 = KStZ 1994, 192, in juris Rn. 11).
Bei den abgerechneten Maßnahmen handelt es sich um beitragsfähige Erneuerungen der Wohnwege. Auf der Grundlage des am 17.06.2009 beschlossenen Bauprogramms wurden die vorhandenen Oberflächen nebst Unterbau und Randeinfassung aufgenommen und die Wege in 2 m Breite mit einem Belag aus rotem Betonrechteckpflaster, einer Pflasterbettung, einer 20 cm starken Kiestragschicht und einer 29 cm starken Frostschutzschicht neu aufgebaut und mit Betonrasenbordsteinen eingefasst. Die alten Leuchtmasten wurden ausgebaut und dem Straßenbeleuchtungskonzept entsprechend ersetzt. Die vorhandenen Regenwasserleitungen wurden saniert.
Mit der Erneuerung wird die Straße oder der Weg in einen Zustand versetzt, der auf Jahre oder Jahrzehnte hinaus wieder den voraussichtlichen Anforderungen des Verkehrs genügt und damit die Nutzungsdauer verlängert. Voraussetzung der Erneuerung ist nicht, dass die erneuerungsbedürftigen Teileinrichtungen im Wesentlichen in ihren ursprünglichen Zustand versetzt werden (Habermann a.a.O., Rn. 148, 150 m.w.N.). Insofern schadet es nicht, wenn die Asphaltierung durch eine Pflasterung ersetzt wird.
Die Erneuerung war auch, notwendig. § 8 Abs. 1 KAG spricht zwar nur von notwendigen Einrichtungen Und nicht von notwendigen Maßnahmen, jedoch können Beiträge für Ausbaumaßnahmen an notwendigen Einrichtungen nur dann erhoben werden, wenn diese - einschließlich Art und Umfang - ihrerseits notwendig sind. Hinsichtlich der Frage, ob ein Erneuerungsbedarf gegeben ist, besteht ein gemeindliches Einschätzungsermessen; die Gemeinde muss nicht abwarten, bis die Einrichtung verkehrsunsicher geworden ist (vgl. OVG Schleswig, Urt. v. 30.04.2003 -2 LB 105/02 - NordöR 2003, 422; Habermann, a.a.O., Rdnr. 147a m.w.N.). Darf die Gemeinde die Notwen-

digkeit annehmen, kommt es auf die Frage, aus welchem Anlass sie sich für die Erneuerung entscheidet, nicht an.
Notwendig ist die Erneuerung immer dann, wenn die jeweilige Teileinrichtung nicht mehr voll funktionsfähig, also abgängig ist und deshalb Erneuerungsbedarf besteht. Indiz dafür ist der Ablauf ihrer üblichen Nutzungsdauer (OVG Schleswig, Urt. v. 26.09.2007 - 2 LB 20/07 -, Die Gemeinde 2008, 47). Die übliche Nutzungsdauer der einzelnen Teileinrichtungen ist dabei unterschiedlich. Sie wird für Fahrbahnen und Gehwege im Allgemeinen mit ca. 25 Jahren angenommen (vgl. OVG Schleswig, Beschl. v. 05.07.2011 - 2 MB 15/11 - ) und für Entwässerungsleitungen mit 50 Jahren (Habermann a.a.O., Rn. 147a m.w.N.); für die Straßenbeleuchtung bejaht die Kammer den Ablauf der üblichen Nutzungsdauer jedenfalls ab 30 Jahren (vgl. Einzelrichter-Urt. v. 09.05.2012 - 9A45/10 - m.w.N.).
Nach den unbestrittenen Angaben der Antragsgegnerin waren die Wohnwege 40 Jahre alt, so dass die übliche Nutzungsdauer der Wege selbst und ihrer Beleuchtung jedenfalls abgelaufen waren. Darüber hinaus ergibt sich aus den in den Verwaltungsvorgängen enthaltenen Fotodokumentationen, dass die Wege erhebliche Schäden aufwiesen. Auch wenn die bislang als üblich angenommene Nutzungsdauer von Entwässerungsleitungen demgegenüber noch nicht abgelaufen war, durfte die Antragsgegnerin gemeinsam mit dem Träger der Abwasserentsorgung insoweit einen vorzeitigen Erneuerungsbedarf annehmen. Die tatsächliche Abgängigkeit insbesondere des Regenwasserkanals ist mit dem eingereichten Schreiben des Ingenieurs Kuchel vom 12.02.2013 und der beigefügten Dokumentation der im Januar und Oktober 2009 durchgeführten Kanaluntersuchungen anschaulich beschrieben und belegt.
Beide hier abgerechneten Maßnahmen begründen einen beitragsfähigen Vorteil. Der Vorteil der Erneuerung besteht darin, dass die verschlissene und abgängige Einrichtung durch eine neue ersetzt wird (Habermann a.a.O., Rn 150). Der grundstücksbezogene Vorteil wird durch die bestehende räumliche Nähe zu der erneuerten Einrichtung begründet. Der Eigentümer eines unmittelbar an der Einrichtung liegenden Grundstücks hat - anders als andere Verkehrsteilnehmer - die Möglichkeit, die erneuerte Einrichtung von seinem Grundstück aus unmittelbar in Anspruch zu nehmen. Damit wird die Zugänglichkeit seines Grundstücks verbessert und die Maßnahme wirkt sich gebrauchswerterhöhend aus (Habermann a.a.O., Rn. 176, 180 m.w.N.). Dies gilt auch für Grundstücke, die - wie hier - nur an unbefahrbaren Wohnwegen liegen, auch wenn diese allein keine Bebaubarkeit vermitteln sollten, weil ein Heranfahren mit Versorgungs- oder Rettungsfahrzeugen nicht möglich ist (OVG Schleswig, Urt. v. 08.12.1994 - 2 L 330/91 - Die Gemeinde 1995, 83, in juris. Rn. 25 m.w.N.; Habermann a.a.O;, Rn. 177, 180).
Für die Wohngrundstücke der Hausnummern - und damit auch für das Grundstück der Antragstellerin - folgt daraus, dass sie sowohl durch die Erneuerung des Wohnweges Königsberger Straße … als auch durch die des Wohnweges Königsberger Straße …, an welchem sie (nur) rückwärtig anliegen, einen Vorteil erhalten, weil sie an beiden Wohnwegen unmittelbar anliegen und weil zu beiden Wohnwegen hin die objektive Möglichkeit besteht, diese in Anspruch zu nehmen. Auf die baurechtliche Erschließungssituation kommt es im Straßenausbaubeitragsrecht nicht an. Der ausbaubeitragsfähige Vorteil setzt die Erschließung vielmehr schon voraus und schöpft den infolge einer konkreten Ausbaumaßnahme eintretenden (zusätzlichen) Vorteil ab. Dies gilt auch für den Fall, dass ein Grundstück - wie hier - zusätzlich rückwärtig an einen unbefahrbaren Wohnweg grenzt. Ausbaubeitragsrechtlich ist allein maßgeblich, dass dem Grundstück durch die Erneuerung des Wohnweges ein Sondervorteil in Form einer gesteigerten/verbesserten Nutzungsmöglichkeit geboten wird (OVG Schleswig, Urt. v. 08.12.1994 - 2 L 330/91 - Die Gemeinde 1995, 83, in juris Rn. 25 m.w.N, Habermann a.a.O., Rn. 180).
So liegt es auch hier. Da sich der beitragsrechtliche Vorteil auf die objektiv gegebene Inanspruchnahmemöglichkeit beschränkt, kommt es insbesondere nicht auf die Nutzungsabsichten des Eigentümers und die Grundstücksgestaltung an, solange es allein von seinem Willen abhängt, eine solche Möglichkeit zu schaffen, indem er z.B. auch etwaige Hindernisse auf seinem Grundstück jederzeit beseitigen könnte (OVG Schleswig, Urt. v. 26.09.2007 a.a.O.) und ihm dies auch wirtschaftlich zumutbar ist. Insbesondere Mauern, Zäune oder Bepflanzungen auf dem eigenen Grundstück stehen der Beitragsveranlagung deshalb nicht entgegen; anderenfalls hätte der Eigentümer es selbst in der Hand, sich die Zugänglichkeit zu nehmen (Habermann a.aO., Rn. 181, 182).
Die sachliche Beitragspflicht ist mit der Fertigstellung und Abnahme der Bauarbeiten im November 2010 entstanden. Nach § 8 Abs. 4 Satz 3 KAG entsteht sie mit dem Abschluss der für den Ausbau erforderlichen Maßnahme. Abgeschlossen ist die Maßnahme, wenn das von dem zuständigen gemeindlichen Gremium beschlossene Bauprogramm verwirklicht und die Abnahme erfolgt ist (std. Rspr. des OVG Schleswig seit Beschl. v. 05.12.2007 - 2 MB 24107 -). Dass die durchgeführten und abgenommenen Bauarbeiten dem Bauprogramm nicht entsprechen könnten, ist weder ersichtlich noch vorgetragen. Die von der Antragstellerin behauptete mangelhafte Ausführung der Baumaßnahmen steht der Entstehung der Beitragspflicht nicht entgegen, jedenfalls nicht solange, wie die Mängel nicht zu einer Funktionslosigkeit der Teileinrichtung führen (Habermann a.a.O. Rn. 293 m.w.N.). Dies ist vorliegend in Anbetracht der vorgetragenen Mängel - Spurrinnen in der Pflasterung, rostige Deckel der Regenwassereinläufe - jedenfalls im Rahmen. der hier nur summarisch durchzuführenden Prüfung nicht anzunehmen. Die Antragsgegnerin verweist insoweit nochmals auf ihren Ingenieur, der in seinem Schreiben vom 12.02.2013 noch einmal bestätigt, dass die Wohnwege prinzipiell für ein Befahren nicht gedacht und auch kaum geeignet seien, dass dies im Übrigen aber im Ausnahmefall problemlos möglich sei. Auch ist nicht erkennbar, dass der Rostansatz auf den Deckeln der Regenwassereinläufe einer Entwässerung des Weges hinderlich wäre. Im Übrigen ist die Gemeinde, wenn Mängel tatsächlich gegeben sind, gehalten, insoweit entsprechende Mängelbeseitigungsansprüche durchzusetzen (OVG Schleswig, Urt. v. 30.04.2003 - 2 LB 118/02 - SchlHAnz 2004, 53).
Nach § 8 Abs. 5 Satz 1 und 3 KAG sowie § 3 ABS ist beitragspflichtig, wer im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Beitragsbescheides Eigentümer des Grundstücks ist; mehrere Eigentümer sind Gesamtschuldner. Danach ist die Antragstellerin persönlich beitragspflichtig, seit ihr der von ihr angegriffene Beitragsbescheid bekanntgegeben worden ist. Einer zusätzlichen Bekanntgabe an ihren Ehemann, der Eigentümer zu einem Viertel und damit neben ihr Gesamtschuldner ist, bedarf es nicht.
Die Entstehung der persönlichen Beitragspflicht eines Gesamtschuldners oder einer Gesamtschuldnerin hängt nicht von der Bekanntgabe des Beitragsbescheides an alle anderen Gesamtschuldner ab. Vielmehr wird durch die Bekanntgabe des ersten Beitragsbescheides an einen Miteigentümer auch der nicht herangezogene Gesamtschuldner schon persönlich beitragspflichtig. Denn die Entstehung der persönlichen Beitragspflicht setzt lediglich die Entstehung der sachlichen Beitragspflicht (s.o.) voraus. Schon bei Entstehung der sachlichen Beitragspflicht ist die Beitragsforderung der Gemeinde derartig voll als Anspruch ausgestaltet, dass sie das Beitragsschuldverhältnis einerseits in Bezug auf das Grundstück und andererseits gegenüber dem nach § 8 Abs. 5 Satz 1 KAG beitragspflichtigen (Einzel-) Eigentümer bzw. gegenüber den nach § 8

Abs. 5 Satz 3 KAG beitragspflichtigen Miteigentümern schon begründet. Der nachfolgende Beitragsbescheid gestaltet dieses Beitragsschuldverhältnis mit seinen inhaltlichen Regelungen nur näher aus. Durch die Wahl des Zeitpunktes seiner Bekanntgabe hat die Gemeinde lediglich Einfluss darauf, wer als gerade aktueller Grundstückseigentümer persönlich beitragspflichtig wird. Stehen der Gemeinde zu diesem Zeitpunkt mehrere Miteigentümer als Gesamtschuldner gegenüber, hat sie allerdings zusätzlich zu entscheiden, an wen von den Gesamtschuldnern sie den Bescheid richtet (Habermann a.a.O. Rn. 55, 65, 290; vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 13.03.1995 - 8 B 5/95 -, NVwZ 1995, 1207, in juris Rn. 4: Die Gesamtschuldnerschaft knüpft nicht an die persönliche Beitragspflicht, sondern an die sachliche Beitragspflicht an).

Hiervon ausgehend ist weder der Bescheid in formaler Hinsicht noch die Auswahl der Antragstellerin zu beanstanden. Entscheidet sich die Gemeinde - wie hier - für die Inanspruchnahme nur einer Gesamtschuldnerin, ist der Bescheid hinreichend bestimmt, da er eindeutig erkennen lässt, wer für die Beitragsschuld in Anspruch genommen werden soll. Bekanntgabe- und Inhaltsadressatin ist allein die Antragstellerin; allein ihr gegenüber entsteht damit ein vollstreckungsfähiger Titel. Eines Hinweises auf die gesamtschuldnerische Haftung und auf die befreiende Wirkung der Zahlung bedarf es nicht. Zudem beruht der durch die Zahlung entstehende Ausgleichsanspruch gegenüber dem anderen Gesamtschuldner auf einem eigenständigen, internen Schuldverhältnis und hat abgabenrechtlich regelmäßig keine Bedeutung. Hieraus folgt, dass es auch keiner Erwähnung der übrigen Gesamtschuldner bedarf und dass der Hinweis auf die gesamtschuldnerische Haftung generell nicht zum notwendigen Inhalt des Beitragsbescheides gehört (BVerwG, Urt. v. 22.01.1993 - 8 C 57/91 - NJW 1993, 1667, in juris Rn. 15 ff; OVG Schleswig, Beschl. v. 19.01.2006 - 2 LB 32/05 - m.w.N; OVG Magdeburg, Beschl. v. 01.07.2008 - 4 0 305/08 -).

Die Auswahlentscheidung liegt zwar im Ermessen der Gemeinde (BVerwG, Urt. v. 22.01.1993 a.a.O., Rn. 20; Beschl. der Kammer v. 19.09.2007 - 9 B 95/06 -) doch ist dieses Ermessen sehr weit, weil die generell im Abgabenrecht bestehende Gesamtschuldnerschaft mehrerer Verpflichteter vor allem der Verwaltung dienen soll, um ihr den Gesetzesvollzug zu erleichtern und den damit verbundenen Verwaltungsaufwand gerade bei "Massengeschäften" zu verringern. Innerhalb der ihrem Ermessen lediglich durch das Willkürverbot und offenbare Unbilligkeit gezogenen Grenzen kann sie den Gesamtschuldner in Anspruch nehmen, dessen Wahl ihr namentlich unter dem Blickwinkel der Verwaltungspraktikabilität geeignet und zweckmäßig erscheint. Anerkanntermaßen kann sie etwa die jeweils zuerst in einem Datensatz oder im Grundbuch aufgeführte Person auswählen, ohne dies weiter begründen zu müssen (ausführlich dazu BVerwG, Urt. v. 22.01.1993 a.a.0.; Stuttmann, „Der Miteigentümer im Verwaltungsprozess", NVwZ 2004, 805 f.). Da die Antragstellerin im Grundbuch als erste von zwei Eigentümern aufgeführt ist und ihr Anteil am Grundstückseigenturn drei Viertel beträgt, erscheint die Auswahl weder willkürlich noch unbillig und muss auch nicht weiter begründet werden.

Schließlich bestehen auch keine Bedenken gegen die Höhe des in die Berechnung eingestellten Aufwandes für die Erneuerung der Wege. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass der Aufwand schon deshalb falsch berechnet sein müsste, weil er in den nahezu gleich langen Wegen des Wohngebiets unterschiedlich hoch ausgefallen ist. Die Höhe des beitragsfähigen Aufwands für die beiden hier in Rede stehenden Erneuerungsmaßnahmen von x € und y € ergibt sich aus den rechnerischen Ermittlungen anhand der Schlussrechnung der ausführenden Tiefbaufirma und des beratenden Ingenieurs, die ihre Arbeiten und ihren Aufwand wiederum den einzelnen Wohnwegen jeweils zugeordnet haben. Diese Ermittlungen sind nachvollziehbar und bieten keine Anhaltspunkte für die Einbeziehung sachfremder Kosten.

Beitragsfähig ist im Übrigen nur der notwendige Aufwand. Die Gemeinde hat deshalb beim Ausbau ihrer Straßen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Die gewählte Ausbauart und die gewählten Materialien müssen dem Zweck der Maßnahme angemessen sein. Bei der Einschätzung dessen, was kostenmäßig noch angemessen ist, besteht wiederum ein weiter gemeindlicher Spielraum, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar und erst dann überschritten ist, wenn es zu sachlich unvertretbaren Kosten kommt. Eine sachliche Unvertretbarkeit ist dann nicht gegeben, wenn Aufwendungen für die Ausstattung der Einrichtung ihrer Funktion nach gerechtfertigt sind (vgl. OVG Schleswig, Urt. v. 30.04.2003 - 2 LB 105/02 - NordöR 2003, 422; Habermann a.a.O., Rn. 303 m.w.N.). Hiervon ausgehend ist die gemeindliche Entscheidung, die Deckschicht des Weges nicht wieder mit Asphalt zu versehen, sondern ihn zu pflastern, gerichtlicherseits nicht zu beanstanden. Begründet wird sie damit, dass die Wege im gesamten Wohngebiet optisch einheitlich hergestellt werden sollten. Die Entscheidung würde sich im Übrigen selbst dann noch innerhalb des weiten gemeindlichen Spielraums bewegen, wenn baurechtlich vorgesehen wäre, dass die Wege - trotz der Breite von nur 2 m - auch durch Feuerwehr- und Rettungsfahrzeuge befahren würden. Denn auch für die Kammer ist nicht erkennbar, dass ein gepflasterte Straßen- oder Wegeoberfläche von vornherein ungeeignet sein sollte, mit Fahrzeugen befahren zu werden.

Die Höhe der maßgeblichen Kosten schmälert sich insbesondere nicht dadurch, dass der Träger der Abwasserversorgung die Gelegenheit nutzte, seine Leitungen zu erneuern, ohne sich deshalb an den Kosten des Straßenausbaus zu beteiligen. Nach § 8 Abs. 3 Satz 1 KAG kommt es stets nur auf die tatsächlich entstandenen Kosten und die tatsächlich eingetretenen Ersparnisse an. Aufwandsmindernd berücksichtigt werden können deshalb nur die tatsächlich erfolgten Leistungen und Zuschüsse Dritter. Eine hypothetische Betrachtungsweise, nach der der Gesamtaufwand bei getrennten Maßnahmen höher wäre und deshalb Minderkosten aufzuteilen seien, bleibt nach schleswig-holsteinischem Landesrecht ebenso irrelevant wie die Frage nach einer möglichen, aber tatsächlich weder gebotenen noch realisierten Beteiligung eines anderen Trägers (std. Rspr.: OVG Schleswig, Urt. v. 11.02.1998 – 2 L 136/96 - Die Gemeinde 1998, 220, 224 und - 2 L 79/96 - NordÖR 1998, 268, 272, in juris Rn. 48 f.; Urt. v. 10.08.2012 - 4 LB 22111 -;VG Schleswig, Urt. v. 27.06.2008 - 9 A 333/05 - und v. 19:04.2011 - 9A 134/08-; s.a. Habermann a.a.O., Rn. 304).

Die Kosten für den zugleich erneuerten Schmutzwasserkanal hat die Antragsgegnerin zutreffend nicht mit eingestellt, da sie ausschließlich zur Einrichtung „Grundstücksentwässerung" und nicht zur Einrichtung „Straße" zählen. Anders ist der Fall einer Anlage mit Mehrfachfunktion zu beurteilen, wenn - wie hier - ein neuer Regenwasserkanal gelegt wird, der nicht nur der Straßenentwässerung, sondern zugleich auch der Grundstücksentwässerung dient. In diesem Falle ist die Anlage als eigenständige Telleinrichtung „Straßenentwässerung" der öffentlichen Einrichtung Straße" zuzuordnen. Kommt die Erneuerung aber nicht nur der Straßen- sondern zugleich auch der Grundstücksentwässerung zugute, ist der diesbezügliche, tatsächlich entstandene Aufwand kostenorientiert zu teilen in einem Umfang, wie die Straßenentwässerung bzw. die Grundstücksentwässerung kausal für die tatsächlich entstandenen Aufwendungen konkret sind. Da es insoweit nicht auf die Art der Entwässerung ankommt und sich nennenswerte Unterschiede für eine differenzierte Kostenzuordnung in der Regel nicht ergeben, akzeptiert die Rechtsprechung hier in der Regel eine hälftige Teilung (Habermann a.a.O., Rn. 314 f. m.w.N.). Diese Grundsätze wurden vorliegend beachtet. We-

gen der geringen Breite des Weges plausibel und im Interesse der Beitragspflichtigen ordnete die Antragsgegnerin nicht 50 %, sondern nur 30 % der Kosten für den Regenwasserkanal der Straßenentwässerung zu.
Zu Recht stufte die Antragsgegnerin die Wohnwege als im Wesentlichen dem Anliegerverkehr dienend ein und rechnete bei der Umlage entsprechend § 4 Abs. 1 ABS mit einem Anliegeranteil in Höhe von 85 %. Es ist nicht erforderlich, dass für unbefahrbare Wohnwege gesonderte Anteilssätze in der Satzung bestimmt werden. Vielmehr können insoweit die für befahrbare Anliegerstraßen vorgesehenen Anteilssätze zur Anwendung kommen (vgl. Driehaus, Erschließungs- und Ausbeiträge, 9. Aufl., 2012, § 34 Rn. 19). Das in diesem Zusammenhang maßgebliche Verhältnis zwischen Anlieger- und Allgemeinvorteil gebietet keine abweichende Beurteilung.
Weitere Bedenken etwa gegen die Bildung des Abrechnungsgebietes und die Verteilung der umlagefähigen Kosten sind nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich, so dass die miteinander verbundenen Anträge mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO abzuweisen sind.

# Aus dem Landesverband

## Infothek

**SHGT forderte zeit- und inhaltsgleiche Übernahme des Tarifergebnisses des Bundes auch für Beamte beim Land und in den Kommunen**
Der SHGT hat in einer gemeinsamen Stellungnahme den ersten Gesetzentwurf der Landesregierung zur Besoldung- und Versorgungsanpassung in Schleswig-Holstein abgelehnt. Die vorgesehenen Regelungen (u.a. unterschiedliche Tarifsteigerungen und eine Laufzeit von 5 Jahren) verstoßen gegen den Grundsatz der angemessenen Alimentation und verringern die Attraktivität des öffentlichen Dienstes. Nach einer Anhörung u.a. des SHGT im gemeinsamen Ausschuss von Innen-und Rechtsausschuss und Finanzausschuss einer Erörterung im Landtag und soll nun das Tarifergebnis des Bundes zum 01.07.2013 übernommen werden. Dies war eine Kernforderung des SHGT und bedeutet zum 01.07.13 eine Tariferhöhung von 2,45 % und 2,75 % zum 01.10.2014. Daneben sollen Einmalzahlungen bis zur Besoldungsgruppe A11 erfolgen, 360.- € zum 01.05.2013 und 450.- € zum 01.07.2014.

**SHGT kritisiert das neue Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein (TTG)**
Der Schleswig-Holsteinische Landtag hat am 25.04.2013 der Änderung des Tariftreue- und Vergabegesetzes Schleswig-Holstein (TTG) in der Fassung der Ltgs.-Drs. 18/720 zugestimmt. Das Gesetz tritt zum 01. August 2013 in Kraft und wird entgegen dem ursprünglichen Entwurf Bindungswirkung für alle kommunalen Auftraggeber entfalten. Diese Bindungswirkung wird aufgrund der umfangreichen neuen Auftragsstandards (u.a. umfassende Dokumentationspflichten) zu einer Mehrbelastung der kommunalen Auftraggeber führen. Daher hat der SHGT bereits gegenüber dem Land einen Ausgleich für die Mehrbelastungen vom Land eingefordert.

**Handreichung zur kommunalen Entwicklungspolitik**
Die Servicestelle Kommunen in der Einen Welt hat eine neue Handreichung zur kommunalen Entwicklungspolitik herausgegeben. Ziel ist es, das Engagement der Kommunen in seiner Vielfalt und Kreativität zu unterstützen und nachahmungswerte Beispiele vorzustellen. Der Praxisleitfaden stellt aber nicht nur die üblichen Handlungsfelder vor, sondern benennt auch Erfolgsfaktoren für ein zielführendes Engagement und präsentiert herausragende Projekte entwicklungspolitischer Arbeit. Beispiele aus der Praxis weisen dabei auf effektive und gangbare Wege hin, die den Kommunen in der kommunalen Entwicklungspolitik offen stehen. Darüber hinaus geben Vertreter aus den kommunalen Spitzenverbänden, Kommunen und Nichtregierungsorganisationen Hinweise zur Entwicklungspolitik. Infokästen liefern kurze Abrisse oder Begriffsdefinitionen zur schnelleren Orientierung. Die Handreichung kann bei der Servicestelle Kommunen in der Einen Welt unter E-Mail: info@service-eine-Welt.de bestellt werden.

**Termine**

28.08.2013: Landesvorstand, Haus der kommunalen Selbstverwaltung, Kiel

05.-06.09.2013: Bürgermeisterfachkonferenz des SHGT, Alt Duvenstedt

12. bis 17.9.2013: NordBau Messe, Messegelände Holstenhallen, Neumünster

09.09.2013: Sitzung des Bau-, Planungs- und Umweltausschusses des SHGT, NordBau Messe, Neumünster

19.09.2013: KomFIT Jahresveranstaltung 2013 in Kiel, Halle 400

24.09.2013: Sitzung der Geschäftsführer der Kreisverbände, Haus der kommunalen Selbstverwaltung, Kiel

02.10.2013: 09.30-15.00 Uhr, SHGT und Sozialministerium: Fachkonferenz für Bürgermeister „Gutes Leben im Alter auf dem Land – Wie kann aktives Altern in der Kommune gelingen?“

## 58. NordBau Neumünster – Neumünster Brandschutztag

Löschwasser kontra Trinkwasser – das ist das Motto des diesjährigen Neumünster Brandschutztages, der im Rahmen des Kongressprogrammes anlässlich der 58. NordBau am Montag, 16. September, als Veranstaltung des Innenministeriums des Landes Schleswig-Holstein stattfindet.
Wer kennt schon die neuen Pflichten für Kommunen, Wasserversorger, Wohnungsunternehmen und Planer, die sich aus der neuen EU-Trinkwasserverordnung ergeben?
Die Löschwasserbereitstellung durch die öffentliche Wasserversorgung wird dabei thematisiert:

- Welche Probleme entstehen bei der Löschwasserbereitstellung durch die öffentliche Wasserversorgung?

- Wie sind Feuerlöschanlagen in die Trinkwasser-Installation einzubinden?
- Wie können praktikable technische Lösungsansätze aussehen?

Antworten darauf soll die öffentliche Vortragsveranstaltung im Kongress-Zentrum Holstenhallen mit den Referenten Dipl.-Ing. Jürgen Klement, Beratender Ingenieur DVGW/VDI/VSIA, Ingenieurbüro für Versorgungstechnik, Gummersbach, und Enrico Götsch, öbv Sachverständiger, tätig in der Geschäftsleitung von GEP Industrie-Systeme GmbH, Zwönitz, liefern.
Öffentliche Trinkwasserversorgung und Löschwasserversorgung gehörten schon immer zusammen. Feuerlösch- und Brandschutzanlagen wurden in Trinkwasserinstallationen integriert. Die vorzuhaltende Löschwassermenge stand dabei selten in einem vernünftigen Verhältnis zu den tatsächlich benötigten Trinkwassermengen. Trinkwasser muss den Anforderungen der Trinkwasserverordnung entsprechen mit der die Europäische Richtlinie 98/83 EG über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch in deutsches Recht umgesetzt wird. Da Feuerlösch- und Brandschutzanlagen selten betrieben werden, kommt es zu hygienischen Problemen, wenn die Anlagen mit Wasser gefüllt, aber nicht durchflossen werden.
Deshalb ist bei Planung, Bau und Betrieb darauf zu achten, dass stagnierendes Wasser nicht entsteht oder mit absoluter Sicherheit von der Trinkwasseranlage ferngehalten wird.
An Wasser, das im Haushalt verwendet wird, sind aus hygienischen Gründen grundsätzlich die gleichen Anforderungen wie an Trinkwasser als Lebensmittel zu stellen. Und darin liegt der Zielkonflikt zwischen Brandschutz und Trinkwasserversorgung. In der Folge nehmen immer mehr Wasserversorgungsunternehmen die Position ein: Keine Trinkwasserbereitstellung für die besondere Löschwasserversorgung aus dem öffentlichen Netz! Gemäß § 123 Abs. 1 Baugesetzbuch ist die Löschwasserversorgung von den Gemeinden bereits bei der Erschließung zu berücksichtigen und der Löschwasserbedarf nach pflichtgemäßem Ermessen festzulegen. Aber wie viel Wasser ist erforderlich? Bei der Bemessung einer ausreichenden Wasserversorgung zur wirksamen Brandbekämpfung kann das Arbeitsblatt W 405 des Deutschen Vereins des Gas- und Wasserfaches e.V. (DVGW) in der jeweils geltenden Fassung als technische Regel herangezogen werden. In Schleswig-Holstein regelt das die „Verwaltungsvorschrift über die Löschwasserversorgung“, die auf das Arbeitsblatt verweist.
Nach der Landesbauordnung LBO ist ein Brandschutzkonzept als Basis für eine Bau- und Nutzungsgenehmigung im Rahmen des Bauantragsverfahrens vorzulegen. Als Grundsatzforderung des Bauordnungsrechts dient der vorbeugende Brandschutz vorrangig dem Schutz von Leib und Leben, der Umwelt und der öffentlichen Sicherheit sowie der Schaffung der Voraussetzungen für eine wirksame Brandbekämpfung. Die Bauvorlagenverordnung vom 24.03.2009 fordert bei allen Bauvorhaben den Nachweis, dass die Löschwasserversorgung gesichert ist; dafür ist es ausreichend, festzustellen, ob die vorhandene Löschwassermenge den Richtwerten des Arbeitsblattes entspricht. Für alle Sonderbauten (Verwaltungsgebäude, Versammlungs- und Verkaufsstätten, Gaststätten, Beherbergungsstätten, Krankenhäuser, Pflegeheime, Schulen, Sportstätten usw. [s.a. § 51 LBO]) wird eine genaue Bemessung des Löschwassers seitens des Antragstellers gefordert.
Wie könnten künftige Ziele aussehen, um den Konflikt „Löschwasser kontra Trinkwasser“ zu vermeiden? Kann man es sich so einfach machen und sagen: „Die Trennung der Löschwasserversorgung von der Trinkwasserversorgung ist die Lösung“? Und woher kommt dann das Löschwasser?
Der diesjährige Neumünster Brandschutztag soll daher nicht nur informieren sondern auch dazu beitragen, die Hysterie aus der Debatte zu nehmen und realistische Lösungsansätze zu entwickeln. Als Gastgeber würde Sie Dipl.-Ing. Hans-Christian Willert vom Referat Feuerwehrwesen und Katastrophenschutz des Innenministeriums gern begrüßen.
Die Anmeldungen für diese Veranstaltung am Montag, den 16. September 2013, 9.30 bis 12.00 Uhr, sind an die Messeleitung NordBau, Fax: 04321-910 199, E-Mail: messeleitung@nordbau.de, zu richten.

# Buchbesprechungen

**Sichere Vergabe unterhalb der Schwellenwerte**

*Dr. Christopher Zeiss, Referent im Bundesministerium der Justiz, Berlin*
*2., aktualisierte und überarbeitete Auflage 2012, Bundesanzeiger-Verlag*
*ca. 392 Seiten, Buch mit CD (Softcover), € 49,80 ISBN: 978-3-8462-0023-0,*
*vertrieb@bundesanzeiger.de*

Etwa 90 % aller Beschaffungen betreffen den Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte. Beschaffer und Bieter sehen sich hier einem kaum durchdringbaren Regelungsdschungel gegenüber. Haushaltsrechtlich gelten die Vergabevorschriften von VOL/A und VOB/A. Daneben sind zahlreiche Verwaltungsvorschriften, Spezialgesetze, Verfassungs- und EU-Recht zu beachten. Noch komplizierter wird das Vergaberecht zunehmend durch Vorgaben, die der Umsetzung allgemeiner politischer Ziele dienen. Trotz gegenteiliger Versprechungen ist das Vergaberecht also nicht vereinfacht worden. So müssen bei Vergaben auch beachtet werden

- die hervorgehobene Bedeutung der Energieeffizienz, von Tariftreue und der Bekämpfung der Kinderarbeit,
- neue Ausschlusstatbestände und neue Verfahrensvorschriften aus Spezialgesetzen,
- die grundsätzliche Verpflichtung zur Aufteilung in Mengenlose sowie
- die Verpflichtung, Zuschlagsentscheidungen mit Wertungssystemen und Gewichtungen begründen zu müssen.

Die Neuauflage berücksichtigt neue Entwicklungen des Vergaberechts, wie z.B. Fragen der Energieeffizienz, ebenso wie die neuen Ausschlusstatbestände und Verfahrensvorschriften (z.B. aus Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, Mindestarbeitsbedingungsgesetz, Arbeitnehmerentsendegesetz). Um den Wechsel zwischen Liefer- und Dienstleistungsbeschaffungen einerseits und Bauleistungen andererseits zu erleichtern, wird auf Unterschiede zwischen VOL/A und VOB/A besonders hingewiesen. Zahlreiche Beispiele, Praxistipps, Formulierungsvorschläge und grafische Übersichten veranschaulichen das jeweilige Thema.

**Praxis der Kommunalverwaltung Landesausgabe Schleswig-Holstein**

*443. Nachlieferung, Januar 2012,*
*Preis € 66,90*
*KOMMUNAL- UND SCHUL-VERLAG WIESBADEN*
*65026 Wiesbaden | Postfach 3629*
*Telefon (0611) 8 80 86 10 | Telefax (0611) 8 80 86 77*
*www.kommunalpraxis.de*
*e-mail: info@kommunalpraxis.de*

Folgende Beiträge sind in dieser (nicht einzeln erhältlichen) Lieferung enthalten:

**C 20 - Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD)**
Von Dr. Klaus Rischar
Mit dieser Überarbeitung wurden neue Themen, wie befristete Arbeitsverträge, Teil-zeitbeschäftigung und Arbeitszeit.
Darüber hinaus wurde der Bereich "vorgezogener Stufenaufstieg" aktualisiert. Danach kann ein besonders wertvoller Arbeitnehmer auf die von ihm verlangte Gehaltshöhe hinauf gestuft werden.

**C 20a - Die Zusatzversorgung im kommunalen Bereich**
Von Susanne Bilz
Diese Überarbeitung beinhaltet die Überarbeitung einzelner Abschnitte aufgrund der Änderung einschlägiger Tarifverträge wie der Altersvorsorge-Tarifvertrag-Kommunal.
Bearbeitet wurden insbesondere die Abschnitte Ausnahmen von der Versicherungspflicht (4.2), Anerkennung von Versicherungszeiten (6.), Leistungen aus der Zusatzversorgung (7.) sowie Transfer der Ansprüche und Anwartschaften aus dem Gesamtversorgungssystem (10.).

**G 1 SH - Schleswig-Holsteinisches Schulgesetz (SchulG)**
von Klaus Karpen und Jens Popken unter Mitarbeit von Holger Brocks und Hauke Grundmann
Neben einer Aktualisierung des Gesetzestextes und einer Aktualisierung und Ergänzung des Anhangs erfolgte die Erstkommentierung der §§ 27, 31, 32, 102, 103 und § 132 SchulG. Diese Paragrafen regeln u. a. Untersuchungen, die Datenübermittlung an Eltern volljähriger Schülerinnen und Schüler, die wissenschaftliche Forschung in Schulen und die Aufgaben des schulpsychologischen Dienstes.

Die 444. Nachlieferung enthält:

**B 9a SH – Gemeindehaushaltsrecht Schleswig-Holstein**

Von Jochen Nielsen, Frank Dieckmann, Marc Ziertmann, Bernhard Schmaal
Mit dieser Lieferung wurden die Kommentierungen zu den §§ 3 (Finanzplan), 22 (Deckungsfähigkeit) und 43 (Abschreibungen) aktualisiert.
Darüber hinaus wurde in den Anhang der Text eines Erlasses zur Veranschlagung der Leistungen aus dem Paket Bildung und Teilhabe aufgenommen.

**E 4a SH – Kommunalabgabengesetz des Landes Schleswig-Holstein**
Von Dierk Habermann, Prof. Dr. Marcus Arndt, Ralph Riehl, Karl-Heinz Mücke, Horst Bliese, Klaus Latendorf und Wolfgang Belz
Diese Lieferung beinhaltet die Neufassung der Kommentierungen zu den §§ 13 (Kleinbeiträge und Steuervereinbarungen) und 15 (Festsetzungsverjährung), die Überarbeitungen zum Anhang zu § 6 (Erhebung von Gebühren für Einsätze der Feuerwehr), zu §§ 8 (Beiträge) und 20 (Erschließungsbeiträge), die Erläuterungen zum § 6 (Benutzungsgebühren) wurde um Ausführungen zum Kostendeckungsgebot erweitert.

**H 5 – Die Sozialversicherung**
Von Werner Gerlach
Neu eingefügt wurde die Kommentierung zum SGB X – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz

**Datenschutzrecht für die Praxis Grundlagen, Audit, Haftung etc.**

*Dr. Georg F. Schröder, LL.M.,*
*Das Werk ist Teil der Reihe: (Beck-Rechtsberater im dtv; erschienen 2012.*
*XV, 205 S., Klappenbroschur*
*Beck im dtv ISBN 978-3-406-60533-8*
*19,90 € inkl. MwSt.*

Das Buch bereitet die praktisch wichtigen Aspekte des Datenschutzrechts auf, so dass Nutzer, die keine juristische Ausbildung haben, die Anforderungen in ihrer beruflichen Praxis umsetzen können:
- Alles was ein Unternehmen (und damit der Datenschutzbeauftragte) wissen muss, damit es datenschutzkonform arbeitet.
- Alle erforderlichen Vertragsvorlagen/ Dokumente hierfür (z.B. Mitarbeiterverpflichtungen nach § 5 BDSG u.ä.).

In bewährter Aufmachung: Optisch sind die entscheidenden Elemente der Darstellung hervorgehoben, also
- anschaulich gemacht mit vielen praktischen Beispielen,
- leicht umzusetzen mit zahlreichen Mustern und Praxis-Tipps sowie
- gut verständlich mit einfachen Definitionen komplizierter Rechtsbegriffe.

Das Buch richtet sich an alle, die mit der Verarbeitung von elektronisch gespeicherten Daten zu tun haben: vor allem die Datenschutzbeauftragten in den Unternehmen, aber auch Geschäftsleitung und andere Personen, die mit Mitarbeiter- bzw. Kundendaten umgehen.

**Gelassenheit im Job Die Entdeckung der Leichtigkeit Katja Niedermeier**

*Beck-Ratgeber, Das Werk ist Teil der Reihe: Beck kompakt*
*2012, 128 S. Kartoniert*
*C.H.BECK ISBN 978-3-406-63356-0*
*6,90 € inkl. MwSt.*

**In der Ruhe liegt die Kraft.**
Woher kommt die Anspannung am Arbeitsplatz? Haben Sie mehr Arbeit auf dem Tisch, als Sie bewältigen können? Sind Sie voller Sorge, dass sich früher oder später bei einer vielen Teilaufgaben ein Fehler einschleichen könnte?
Stress, Hektik und Dauerbelastungen nehmen im Arbeitsalltag immer mehr zu. Die Folgen: ständiges Druckgefühl bis hin zum Burn out. Um unbeschwert und gelassen zu bleiben, muss man seine Ansprüche überdenken – dann wird ein gelassener Umgang mit „äußeren Faktoren" gelingen. Wie das am besten geht, zeigt dieser Ratgeber. Mit einfachen Techniken erreichen Sie garantiert und schnell eine professionelle Ruhe und kraftspendende Leichtigkeit.
- Die besten Methoden gegen Stress, Hektik und Druckgefühle
- Wie Sie sich selbst schützen und der Arbeitstag entspannt gelingt
- So bleiben Sie auch in hektischen Situationen immer gelassen!

**Aushangpflichtige Arbeitsgesetze im öffentlichen Dienst**

*-Textausgabe-*
*Rehm, Verlagsgrupp Hüthig Jehle Rehm*
*11. Auflage 2012, VIII. 244 Seiten.*
*Softcover, ISBN 978-3-8073-0296-6,*
*€ 9,95*

Zu den sogenannten aushangpflichtigen Arbeitsgesetzen gehören vom Gesetzgeber speziell ausgewählte Arbeitsschutzgesetze. Jeder Arbeitgeber muss diese Gesetze leicht lesbar und für die Arbeitnehmer zugänglich aushängen oder auslegen.
Mit der aktuellen Auflage stehen alle wesentlichen Vorschriften wieder topaktuell zur Verfügung.
Praktische Vorzüge für den Aushang bieten die handliche, haltbare Ausführung sowie eine an geeigneter Stelle angebrachte Kordel. Ergänzende Vorschriften, speziell auf die Bedürfnisse der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes abgestellt, runden die Textausgabe ab.